

---

# PERSONA Y DERECHO

---

ISSN: 0211-4526

REVISTA DE  
FUNDAMENTACIÓN  
DE LAS INSTITUCIONES  
JURÍDICAS  
Y DE DERECHOS  
HUMANOS

---

NÚMERO 68  
2013 / 1

REVISTA SEMESTRAL DE LA FACULTAD DE DERECHO /  
SERVICIO DE PUBLICACIONES DE LA UNIVERSIDAD  
DE NAVARRA / PAMPLONA / ESPAÑA



Universidad  
de Navarra

---

---

# PERSONA Y DERECHO

REVISTA DE FUNDAMENTACIÓN DE LAS INSTITUCIONES JURÍDICAS Y DE DERECHOS HUMANOS

REVISTA SEMESTRAL DE LA FACULTAD DE DERECHO

ÁREA DE FILOSOFÍA DEL DERECHO - INSTITUTO DE DERECHOS HUMANOS

FUNDADA EN 1974

UNIVERSIDAD DE NAVARRA

PAMPLONA, ESPAÑA / ISSN: 0211-4526

2013/1 / NÚMERO 68 (ENERO-JUNIO)

---

## DIRECTORA

**Caridad Velarde**

---

## CONSEJO DE REDACCIÓN

DIRECTOR TÉCNICO

**Juan Cianciardo**

UNIVERSIDAD DE NAVARRA

VOCALES

**Francisco J. Contreras**

UNIVERSIDAD DE SEVILLA

**Isabel Trujillo**

UNIVERSIDAD DE PALERMO

SECRETARIO

**Aitor Rodríguez Salaverría**

UNIVERSIDAD DE NAVARRA

Las opiniones expresadas en los trabajos publicados en esta revista son de la exclusiva responsabilidad de sus autores

---

## COMITÉ CIENTÍFICO

**Javier Hervada**

**Andrés Ollero**

PRESIDENTES DE HONOR

**Angela Aparisi**

(NAVARRA)

**Jesús Ballesteros**

(VALENCIA)

**Bogusław Banaszak**

(WRÓCLAW)

**Francisco Carpintero**

(CÁDIZ)

**Jean Luc Chabot**

(GRENOBLE)

**(†) Sergio Cotta**

(ROMA)

**Luis Cruz Ortiz de Landázuri**

(CORUÑA)

**Francesco d'Agostino**

(ROMA)

**Paloma Durán**

(MADRID)

**John Finnis**

(OXFORD)

**Robert P. George**

(PRINCETON)

**Juan José Gil-Cremades**

(ZARAGOZA)

**Mary Ann Glendon**

(HARVARD)

**Ilva M. Hoyos**

(BOGOTÁ)

**Roberto Ibáñez**

(MÉXICO)

**Werner Krawietz**

(MÜNSTER)

**Antonio L. Martínez-Pujalte**

(ELCHE)

**Carlos I. Massini**

(MENDOZA)

**José J. Megías**

(CÁDIZ)

**Peter-Paul Müller-Schmidt**

(MÖNCHENGLADBACH)

**Cristóbal Orrego**

(SANTIAGO DE CHILE)

**José A. Pastor-Ridruejo**

(MADRID)

**J. P. Rentto**

(TURKU)

**Pedro Rivas**

(CORUÑA)

**Pedro Serna**

(CORUÑA)

**Robert Spaemann**

(STUTTGART)

**Jean M. Trigeaud**

(BURDEOS)

**Francesco Viola**

(PALERMO)

**Christopher Wolfe**

(MILWAUKEE)

---

## Dirección, redacción y

### correspondencia:

Instituto de Derechos Humanos

Edificio de Bibliotecas, despacho 1731

Universidad de Navarra

31080 Pamplona, España.

Tfno.: 34-948425600

Telefax 34-948425636

e-mail: [pyd@unav.es](mailto:pyd@unav.es)

---

## Edita:

Servicio de Publicaciones

de la Universidad de Navarra, S.A.

Campus Universitario

31080 Pamplona (España)

T. 948 425 600

## Precios 2011:

Unión Europea:

Suscripción anual: 1 año, 2 vols. / 50 €

Número suelto: 28 €

Otros países:

Suscripción anual: 1 año, 2 vols. / 52 €

Número suelto: 38 €

---

## Maquetación:

[pretexto@pretexto.es](mailto:pretexto@pretexto.es)

Impresión: GraphyCems

Tamaño: 170 x 240 mm

Fecha impresión: 31-julio-2013

DL: NA 685-1975

SP ISSN: 0211-4526

---

# PERSONA Y DERECHO

REVISTA DE FUNDAMENTACIÓN DE LAS INSTITUCIONES JURÍDICAS Y DE DERECHOS HUMANOS  
2013\* / NÚMERO 68 (ENERO-JUNIO)

---

**Kai AMBOS**

¿Castigo sin soberano? La cuestión del *ius puniendi* en derecho penal internacional. Una primera contribución para una teoría del derecho penal internacional consistente

5-38

[Punishment without a Sovereign? The *ius puniendi* Issue of International Criminal Law.  
A First Contribution towards a Consistent Theory of International Criminal Law]

**María Isabel LORCA MARTÍN DE VILLODRES**

La experiencia jurídica actual desde la clásica doctrina filosófica de la naturaleza de las cosas. Una posible vía para la reconciliación entre el derecho natural y el derecho positivo

39-75

[Current legal experience according to the classical philosophical doctrine of "nature of things".  
A possible way to reconcile natural and positive law]

**Rafael VEGA PASQUÍN**

Consideraciones en torno a la unidad de la filosofía del derecho de Spinoza

77-102

[Considerations concerning the unity of the philosophy of law in Spinoza]

**María Cecilia AÑAÑOS MEZA**

La doctrina de los bienes comunes de Francisco de Vitoria como fundamentación del dominio en el Nuevo Mundo

103-137

[Francisco de Vitoria's doctrine of common goods as a basis for the domination of the New World]

**Pedro PALLARES YABUR**

La justificación racional de los derechos humanos en los redactores de la Declaración Universal de los Derechos Humanos

139-158

[The argument about the rational justification of human rights argument from the drafters of the Universal Declaration of Human Rights]

Alejandra SÁNCHEZ FERNÁNDEZ

Inmigración y Derechos humanos en la UE. Análisis de la directiva 2008/115/CE 159-179  
[Immigration and Human Rights in the EU. Analysis of the Directive 2008/115/CE]

Daniel CONTRERAS RÍOS / José Antonio POBLETE LAVAL

Reglas constitutivas y racionalidad normativa en la teoría de los hechos  
institucionales de John Searle 181-199  
[Constitutive Rules and Normative Rationality in John Searle's Theory of Institutional Facts]

Joaquín GARCÍA-HUIDOBRO

El difícil constitucionalismo hispanoamericano 201-218  
[The Uneasy Latin-American Constitutionalism]

---

## RECENSIONES

ELÓSEGUI ITXASO, M.<sup>a</sup> (coord.), *La neutralidad del Estado y el papel de la religión en la esfera pública en Alemania* / [Daniel Fernández Cañueto] / 221 // OMAGGIO, V.; CARLIZZI, G., *Ermeneutica e interpretazione giuridica* / [José Antonio Seoane] / 226 // FINNIS, J. M., *Natural Law and Natural Rights & Collected Essays* / [Carlos I. Massini-Correas] / 232 // CARPINTERO BENÍTEZ, F., *La crisis del Estado en la Edad Posmoderna* / [Leticia Cabrera Caro] / 235 // Didier, M<sup>a</sup> M., *El principio de igualdad en las normas jurídicas. Estudio de la doctrina de la Corte Suprema de Argentina y su vinculación con los estándares de constitucionalidad de la jurisprudencia de la Corte Suprema de los Estados Unidos*. (Prólogo de Juan Cianciardo) / [Rodrigo Magnos Soder] / 241 // BALLESTEROS, J.; FERNÁNDEZ RUIZ-GÁLVEZ, E. y TALAVERA, P. (eds.), *Globalization and Human Rights. Challenges and Answers from a European Perspective* / [Jaime García Neumann] / 246 // SARACENI, G., *Ospitalità: Un valore giuridico fondamentale* / [Mariana Hoyos] / 256 //

---

Normas para envío de originales

263

---

# La doctrina de los bienes comunes de Francisco de Vitoria como fundamentación del dominio en el Nuevo Mundo

*Francisco de Vitoria's doctrine of common goods  
as a basis for the domination of the New World*

RECIBIDO: 2013-01-07 / ACEPTADO: 2013-02-18

---

María Cecilia AÑAÑOS MEZA

LL.M.

Cristiana Albrechts Universität zu Kiel

[ceciliaan@web.de](mailto:ceciliaan@web.de)

**Resumen:** En los últimos años se ha producido un renacimiento de la antigua idea de los bienes comunes como opción alternativa a las formas actuales de propiedad privada y pública, cuyos propulsores hacen referencia a su fuente más cierta, el derecho romano. Aunque es poco o nada conocido, esta idea fue empleada en el siglo XVI por el dominico español Francisco de Vitoria como una parte fundamental de su teoría del dominio que no sólo le va a servir para elaborar su análisis sobre la licitud de la conquista del Nuevo Mundo, sino también va a jugar el papel de fundamentación o justificación moral y jurídica del dominio español en éste. Una reconstrucción de su trabajo a la luz de la teoría de dominio se hace necesaria para hacer visible esta doctrina.

**Palabras claves:** Francisco de Vitoria; bienes comunes; *res communes*; teoría del dominio; *relectio de indis*; reelecciones; Nuevo Mundo; sociedad y comunicación natural; primer título; dominio; *dominium*; ocupación; *ius gentium* natural; *ius gentium* positivo; *ius communicationis*.

**Sumario:** I. Introducción. II. La idea previtoriana de los bienes comunes. III. El dominio en Francisco de Vitoria. IV. El dominio en la *Relectio de Indis*. V. El principio de *naturalis societatis et communicationis* y la doctrina de los bienes. VI. El principio de *naturalis societatis et communicationis* y los demás títulos legítimos. VII. Aportes de la doctrina de los bienes comunes de Vitoria al derecho internacional. VIII. Conclusión.

**Abstract:** In the last years, the ancient idea of the “*commons*” has experienced a revival as an option to the current forms of property, namely private and public property, whose supporters use to resort to its most certain source, roman law. Although it is hardly known or even not absolutely known, this idea was used in the 16<sup>th</sup> century by the Spanish Dominican Francisco de Vitoria as a fundamental component of its *dominium* theory, which not only was employed for his examination of the justice of the conquest of the New World, but it also played the role of being the moral and legal basis or justification of Spanish ownership of it. A reconstruction of his work in the light of the *dominium* theory is essential for the visibility of this doctrine.

**Key words:** Francisco de Vitoria; commons; *res communes*; dominium theory; *relectio de indis*; relections; New World; natural partnership and communication; first title; *dominium*; ownership, occupation; *ius gentium* naturale; *ius gentium* positivum; *ius communicationis*.

**Summary:** I. Introduction. II. The pre-vitorian idea of common goods. III. The domain in Francisco de Vitoria. IV. The domain in the *Relectio de Indis*. V. The principle of *naturalis societatis et communicationis* and the doctrine of goods. VI. The principle of *naturalis societatis et communicationis* and the other legitimate titles. VII. Contribution of the doctrine of common goods of Vitoria to International Law. VIII. Conclusion.

---

\* Doctora en Derechos Fundamentales (Madrid, España), *Magister Legum* en Derecho Internacional Público y Derecho Público (Kiel, Alemania), licenciada en Derecho, docente y traductora.

## I. INTRODUCCIÓN

La idea de los bienes comunes que es tan antigua como nuestra civilización occidental y que en el presente parece haber sido olvidada, no sólo sigue existiendo como *idea* en el mundo liberalizado e individualizado en que vivimos, sino también como *realidad*, aunque aún de forma muy modesta o exigua. El sistema internacional conoce de la existencia de bienes comunes, e incluso cuenta con un régimen más o menos perfilado para un número más limitado de ellos.

En el primer caso, es visible un proceso de renacimiento de bienes comunes en estos últimos decenios, demostrable por un lado, en la creación de bienes comunes modernos o *commons* de naturaleza inmaterial o intangible como el régimen de *open access* en la ciencia, el software libre o código abierto, el hardware libre, o fuentes de conocimiento como la enciclopedia libre Wikipedia; y por otro lado, en su revalorización actual producida por la larga y constante investigación sobre bienes comunes materiales o tangibles, como el agua, los bosques o reservas pesqueras, realizada ante todo por *Elinor Ostrom*, quien ha contribuido decisivamente al desarrollo de una nueva ciencia de los bienes comunes con su teoría de la “economía institucional de los bienes comunes” o “teoría de la acción colectiva institucional basada en normas”<sup>1</sup>. Hechos todos estos que son bienvenidos por representar una propuesta de organización económico-social más allá de los parámetros del mercado y del Estado, y por recuperar, desde la perspectiva del derecho, principios casi perdidos en el sistema internacional como los de sociabilidad, cooperación, reciprocidad y solidaridad.

En el segundo caso, existe un régimen jurídico internacional sobre un número muy reducido de bienes como los Fondos Marinos, el Espacio Ultraterrestre y los Cuerpos Celestes, que han sido declarados por la sociedad internacional como *comunes* y que son conocidos en su denominación moderna de “patrimonio común de la humanidad”<sup>2</sup>. Se trata aquí de un cuerpo normativo internacional que en sus inicios abrazó la idea de los bienes comunes pero

<sup>1</sup> OSTROM, E., *El gobierno de los bienes comunes. La evolución de las Instituciones de acción colectiva*, Fondo de Cultura Económica, México 2000, pp. 25s. Precisamente por su valiosa contribución al concepto de los bienes comunes se le otorgó el Premio Nobel de Economía de 2009.

<sup>2</sup> La Antártida es también considerada dentro de esta categoría, *vid.* WOLFRUM, R., “Common Heritage of Mankind”, *Max Planck Encyclopedia of Public International Law*, Oxford University

que aún no está lo suficientemente desarrollado para que estos bienes tengan tal denominación, ni incluye a otros bienes comunes globales como el aire, la atmósfera o el clima<sup>3</sup>, pero que aún con estas insuficiencias, representan un paso no desdeñable hacia esta idea.

Todos estos esquemas y regímenes modernos de bienes comunes, cuyo estudio es ya un tema bastante complejo por reflejar, ante todo, un alto grado de coherencia y organización de los hombres para alcanzarlos, se inspiran en la antigua idea de los bienes comunes. Los artífices modernos de ellos recurren a los términos latinos de *res communis*, *res communes humanitatis* o también al de *res communis omnium*<sup>4</sup>, existentes en el derecho romano. Más exactamente, su origen se encuentra en el pensamiento antiguo griego, pero su desarrollo en la antigua Roma donde se incorporó como parte del derecho y como elemento fundamental de la teoría del dominio. Esta idea en sus dos formas, como derecho y esquema teórico, fue a lo largo de los años transmitida, conservada, desarrollada y reelaborada por la Cristiandad Occidental hasta llegar a la Escolástica de la Edad Media y la Escolástica Tardía de los albores del Renacimiento, y a sus miembros más prominentes de ellas: Tomás de Aquino y Francisco de Vitoria. Mas es éste último, teólogo y jurista español de renombre, considerado el fundador del derecho internacional público moderno, quien sobresale en la idea de los bienes comunes, porque gracias a él y a su uso creativo y práctico de ella, la misma experimenta una reaparición intensa aunque corta en el siglo XVI. El dominico burgalés no sólo le dio gran énfasis en su teoría del dominio, sino que además, la empleó al caso concreto de la justificación de la política colonial de España sobre América, que, desde el punto

---

Press, 2012, pp. 452-458, pp. 453s. No la incluímos en ella por su carácter jurídico incierto y por existir reclamaciones nacionales de dominio sobre esta zona.

<sup>3</sup> El clima no es jurídicamente considerado como bien común; conceptos que apenas se le acercan son el de “common concern of mankind”, “common interest” o “common responsibility and co-operation”, sobre esta cuestión WOLFRUM, R., “Common...”, *op. cit.* (n. 2), p. 454.

<sup>4</sup> Nos referimos a los promotores de la idea del “patrimonio común de la humanidad”: Avid Pardo, sobre los Fondos Marinos, UN Doc A/C.1/PV1515 del 1 de noviembre de 1967, p. 8; y Aldo Armando Cocca, sobre el Espacio Ulterior y Cuerpos Celestes, COCCA, A.A., *Consolidación del Derecho Espacial*, Astrea, Buenos Aires, 1971, pp. VIs, 107ss. De forma similar, las referencias a Aristóteles de Ostrom, OSTROM, E., *El gobierno...*, *op. cit.* (n. 1), p. 27. Sobre esta cuestión KISS, A., “The Common Heritage of Mankind: Utopia or Reality?”, *International Journal*, 40 (1985), pp. 423-441; también BASLAR, K., *The Concept of Common Heritage of Mankind in International Law*, Martinus Nijhoff Publishers, The Hague 1998, pp. 40ss.; HELFRICH, S. *et al.*, *Gemeingüter – Wohlstand durch Teilen*, Fundación Heinrich Böll, Berlin 2009, pp. 4, 9, <[http://www.boell.de/downloads/Gemeinguetter\\_Report\\_Commons.pdf](http://www.boell.de/downloads/Gemeinguetter_Report_Commons.pdf)> [5.12.12].

de vista moral y jurídico, preocupaba en los círculos académicos españoles de su tiempo. La empleó precisamente como contenido del primer argumento o título de justificación jurídico-moral válido de la conquista y dominio de América, adquiriendo con ello esta idea la calidad de doctrina política fundada en el derecho y la moral; aspecto que no ha sido debidamente investigado o ha pasado desapercibido en las investigaciones sobre Vitoria.

Objeto de nuestro estudio será aportar luz a la idea de los bienes comunes que influyó en Vitoria y la que conforma el sistema teórico vitoriano, así como la aplicación de ésta al tema concreto de la justicia de la conquista de América; haciéndose finalmente un balance de su doctrina y legado al derecho internacional público postcolonial.

## II. LA IDEA PREVITORIANA DE LOS BIENES COMUNES

No se puede decir con exactitud cuándo nace la idea de los bienes comunes ni a quien se debe su paternidad. Sólo se puede asegurar que es un producto de las especulaciones filosóficas de los estoicos y era lugar común dentro de la filosofía griega en general, como lo prueba el modelo de comunidad de bienes de Platón en su polis ideal y las referencias, aunque negativas a ella, de Aristóteles<sup>5</sup>. Los estoicos divisaron entonces la idea de un estado original de comunidad de bienes con su subsiguiente primera ocupación (*prima occupatio*), la que va a influir decisivamente en el derecho y pensamiento romano.

En el derecho romano los bienes comunes o *res communes omnium* existen como una forma especial de propiedad o dominio, y eran aquellas cosas (*res*) que por su condición específica natural no eran susceptibles de apropiación privada, quedando entonces fuera del comercio jurídico<sup>6</sup>. Estas *res communes omnium*, o como Marciano las denominaba “*naturali iure communia omnium*” –bienes comunes que la naturaleza proporciona a todos los hombres–, estaban abiertas al uso común de todos y comprendían el aire, el agua de los

<sup>5</sup> PLATÓN, *La república*, libro V; Aristóteles, *Política*, libro II, cap. 3.

<sup>6</sup> La cosa (*res*) como objeto del *dominium* o *proprietas* era diferenciada en su posibilidad o no de apropiación. Mientras en la primera se encontraban las *res privatae*, en las últimas las *res communes omnium*, al lado las *res divini iuris*, *res publicae* y *res universitatis*. Sobre esta cuestión GARCÍA GARRIDO, M., “Res communes”, *Diccionario de Jurisprudencia Romana*, Dykinson, Madrid 2000, pp. 305, 301; GARCÍA GARRIDO, M., *Derecho Privado Romano. Casos, acciones, instituciones*, XI ed., Ediciones Académicas, Madrid, p. 102.



ríos y lluvias, los mares y sus costas”<sup>7</sup>, estando regidos por el derecho natural y el *ius gentium* que permitían su uso igual para todos los hombres y pueblos. Mas estas *res communes omnium* conducían en algunos casos al uso exclusivo de bienes y dejaban abierta la posibilidad de apropiación originaria por ocupación, haciéndose así fluido el paso del dominio común al de propiedad privada, tal como se observa de los derechos de pesca y construcciones en el litoral o en el mar, derivados del uso común del mar y sus costas, los que estaban condicionados a que no hubieran otros que usen de ellos. En este caso el usuario adquiere un derecho de propiedad por ocupación de *res nullius*, que es verificada y autorizada por el pretor, y su impedimento daba lugar –por lo menos en el periodo clásico– a la *actio iniuriarum* contra el perturbador.

En el pensamiento romano de finales de la época republicana la concepción del dominio de origen estoico adquiere contornos más concretos a través de Cicerón, quien alberga la idea de que todas las cosas de la Tierra eran al principio comunes, pues por naturaleza no hay propiedad privada; pero ésta, una vez surgida, debe ejercerse sin generar daño y en beneficio de los demás. En su teoría del dominio se distinguen cuatro principios: 1) la existencia originaria de una *comunidad de bienes o posesión común*, entendida en sentido histórico; 2) la subsiguiente implantación de la propiedad y distribución de bienes a través de una primera ocupación (*prima occupatio*); 3) la protección de este nuevo orden por el derecho natural, que prohíbe intervenciones en los bienes de otros, pero que a la vez impone a la propiedad privada una carga moral de obligación social orientada al uso común en beneficio de la comunidad, y 4) un deber de intervención del Estado en la propiedad sólo para el bienestar común<sup>8</sup>. Estos

<sup>7</sup> “Et quidem naturali iure omnium communia sunt illa: aer, aqua profluens, et mare, et per hoc litora maris”. Marciano en Dig. 1,8,2,1; Inst. 2,1,1; *vid.* KASER, M., *Ius Gentium*, Böhlau Verlag Köln, 1993, pp. 107s.; WEIGAND, R., *Die Naturrechtslehre der Legisten und Dekretisten von Irnerius bis Accursius und von Gratian bis Johannes Teutonicus*, Max Hueber Verlag, München, 1967, pp. 85s. Bajo la influencia estoica-griega son *res communes* para Marciano los bienes en posesión natural de todos y un ideal jurídico a la vez, llamándolas ‘bienes’ antes que ‘cosas’ para alejarlas de la idea de la propiedad, como anota Kaser, KASER, M., *Ius...*, *op. cit.*, p. 108; similarmente, las *res communes* romanas como influencia de la especulación literaria-filosófica de Cicerón y Séneca en Voggensperger, VOGGENSPERGER, R., *Der Begriff des ‘ius naturale’ im Römischen Recht*, Helbing & Lichtenhahn, Basel 1952, p. 38.

<sup>8</sup> CICERÓN, M.T., *De Officiis* I 21; en ediciones castellanas: libro I, cap. 7. El Estado que surge del instinto natural de sociabilidad del hombre, no debe imponer tal “obligatoriedad social” al dominio privado. Cfr. BROKER, M., *Arbeit und Eigentum, Der Paradigmenwechsel in der neuzeitlichen Eigentumstheorie*, Wiss. Buchges, Darmstadt 1992, p. 32.

elementos van a influir a grandes rasgos en el *Corpus Iuris Civilis* justiniano<sup>9</sup> y van a constituir el modelo teórico básico del cual partirán todas las teorías del dominio hasta el siglo XVII, pasando por las recepciones e interpretaciones de la Patrística, legistas, decretistas, teólogos morales, la Escolástica y la Escolástica Tardía.

Las teorías del dominio medioevales con su doctrina de los bienes comunes se nutrieron básicamente de este esquema teórico del derecho y pensamiento romano. La *Patrística* no sólo reelaboró la teoría ciceroneana del dominio adaptándola a las ideas del cristianismo de sus orígenes, sino que le dio a la idea de los bienes comunes un lugar prominente en ella. Así, se refirió a una *communis omnium possessio* de los hombres como un mandato de derecho natural que exige validez, oponiéndolo a la propiedad privada que es concebida como un estado antinatural, antilegal, creado en pecado original, siendo la ocupación, una apropiación ilegal de la posesión común<sup>10</sup>; concepción que sin embargo hace a la propiedad privada irreconciliable con el derecho natural pero tolerada como un estado no ideal y provisorio, que debe acercarse al estado ideal del dominio común y contener una fuerte obligación social, demostrable en la práctica de la caridad de los que tienen para que compartan sus cosas con los necesitados<sup>11</sup>. *Graciano* sigue este esquema de los bienes comunes como orden de derecho natural y la propiedad privada de derecho humano, pero a diferencia de la Patrística, no ve a ésta contraria al derecho natural. A partir de *Graciano* entonces, la preocupación de los académicos que se ocuparon del tema fue cómo justificar o conciliar la propiedad privada con el estado ideal –de derecho natural– de los bienes comunes; de la solución a este problema dependía el lugar que se le daba a los bienes comunes dentro del dominio. Los decretistas, quienes partiendo de los mismos postulados –comunidad de bienes por derecho natural y propiedad privada por derecho humano– tratan de resolver esta incompatibilidad con diversos argumentos<sup>12</sup> como el de domi-

<sup>9</sup> Inst. II, 1. En este cuerpo normativo se encuentra bosquejado el estado original de derecho natural de posesión común, seguido del surgimiento de la propiedad privada por un acuerdo de los hombres (*ius gentium*) para beneficio recíproco y que tiene a la ocupación como su forma originaria, cfr. BROCKER, M., *Arbeit...*, *op. cit.* (n. 8), pp. 33s.

<sup>10</sup> Así Ambrosio, Juan Crisostómo, Basilio el Grande, Tertuliano, entre otros. Más detalles en BROCKER, *Arbeit...*, *op. cit.* (n. 8), pp. 35 ss.

<sup>11</sup> Era el llamado de Cipriano, Lactancio, Clemente de Alejandría, Gregorio, Basilio, Gregorio de Nisa, Ambrosio, Agustín, Jerónimo, entre otros; BROCKER, M., *Arbeit...*, *op. cit.* (n. 8), p. 38, n. 57.

<sup>12</sup> Cfr. WEIGAND, R., *Die Naturrechtslehre...*, *op. cit.* (n. 7), pp. 311ss.

nio común como directriz o recomendación de derecho natural<sup>13</sup>, el dominio de Dios sobre toda la creación con su concesión de uso y goce a los hombres<sup>14</sup>, el argumento histórico del dominio común original con su subsiguiente surgimiento de la propiedad privada por pecado, y el argumento social-ético del dominio común iusnatural.

Éste último, el argumento social-ético del dominio común iusnatural, que tiene un fuerte énfasis en los bienes comunes, es relevante en nuestro estudio por existir una conexión en su contenido y expresión con el formulado por Vitoria en la *Relectio de Indis*, que nos lleva a suponer que lo incluyó dentro de sus deliberaciones para la elaboración de su primer título legítimo de dominio sobre América. El mismo nos dice que el dominio común iusnatural no es otra cosa que compartir (*communicanda*) lo que se posee en propiedad privada con otros en tiempos de necesidad “*tempore necessitatis communicanda*”<sup>15</sup>. Su exponente más sobresaliente, Huguccio (1140-1210), recalca la doctrina de la obligación del compartimiento o comunicación de los bienes, que consiste en que todos los hombres sólo debemos retener lo necesario y compartir el resto con los necesitados en tiempos de necesidad, por ser un pedido de la razón<sup>16</sup>;

<sup>13</sup> Defendido por Rufino, para quien tanto la propiedad común como la libertad de todos los hombres son sólo directrices, opinión mayoritaria y aceptada por las demás escuelas, *vid.* WEIGAND, R., *Die Naturrechtslehre...*, *op. cit.* (n. 7), p. 316.

<sup>14</sup> Escuela francesa, *Summa Parisiensis*, seguida también por las demás escuelas, *vid.* WEIGAND, R., *Die Naturrechtslehre...*, *op. cit.* (n. 7), pp. 323ss.

<sup>15</sup> Donde la palabra ‘*communicanda*’ significa ‘compartir’ algo. “v. communis omnium possessio: sed si esset, ut uolunt quidam, uel *communicanda* in necessitate, uel negatiue, id est iure naturali non est aliquid alicui appropriatum”. D. 1 c.7. Paris 15994 s. 2vN (la cursiva es mía), citada en WEIGAND, R., *Die Naturrechtslehre...*, *op. cit.* (n. 7), pp. 327s. Esta doctrina apareció primero en la *Summa Tractatus Magister* de la escuela francesa (siglo XII) y tuvo difusión y aceptación general; fue incorporada en otras summas como la “*De iure canonico tractatus*” de la Escuela anglo-normanda, la “*Quaestionum*” de Richardus Anglicus, *ibid.*

<sup>16</sup> En Huguccio se hace reiterativa la obligación de “comunicar” o “compartir”, donde emplea repetidas veces la expresión “*communicandum*”, siendo notoria su fuerte influencia de la Patrística; en otra cita dice: v. Communis omnium possessio: Id est *communicatio* omnium que possidemus tempore necessitatis; hoc de eo iure naturali quod dicitur ratio uel iudicium rationis quo approbamus nil nobis preter necessaria retinere, reliqua proximis distribuere tempore necessitatis” (la cursiva es mía), WEIGAND, R., *Die Naturrechtslehre...*, *op. cit.* (n. 7), p. 330. *Vid.* también HÖVER, G., “Solidarität und Entwicklung”, en HUNOLD *et al.* (ed.), *Die Welt für Morgen*, Kösel-Verlag, München 1986, pp. 142-154, p. 149. De forma similar entre otros en la glosa de Florian III, en la *Summa Queritur*; en la *Summa Reginensis* (v. Communis omnium possessio: Id est res possessa omnibus *communicanda*, D. 1 c. 1); en Alanus, Laurentius; en Johannes Teutonicus, que la da por la idea preponderante, y fundamenta este compartimiento de la propiedad en tiempos de necesidad en la equidad natural y en el derecho divino, y cita además el ejemplo de los náufragos

pero aún en este autor la comunidad de bienes es sólo una recomendación o directriz de derecho natural de hacer todo para ayudar a los necesitados en tiempos de necesidad.

En Tomás de Aquino (1225-1274) su teoría del dominio no se aparta del esquema teórico básico del dominio de la Patrística, que parte de un dominio común iusnatural de bienes de todos los hombres concedido por Dios, “*secundum ius naturale omnia sunt communia*”, y del origen de la propiedad privada por pecado original del hombre, que resulta de derecho humano<sup>17</sup>. Pero el mismo va a sufrir una adecuación de acuerdo a las necesidades de la época en que vivió el Aquinate y al estatus privilegiado que éste representaba dentro de la sociedad. Un aspecto resaltante de su concepción del dominio para nuestro estudio es la revalorización ética de la propiedad privada con su institución jurídica, la ocupación, que no sólo lo demuestra al confirmar su compatibilidad con la *omnia communia*, sino además, al elevarla a la categoría de “derecho natural derivado”, superpuesto a su carácter de *ius gentium*<sup>18</sup>, ello debido a sus propiedades positivas de ser conveniente, razonable, necesaria y complementaria al derecho natural, además de ir respaldada por los argumentos aristotélicos de mayor utilidad y eficiencia de los bienes propios, de un mejor orden en las competencias, tareas y res-

---

que están en el deber de compartir todo lo que tienen (D. 1 c.7); también en Raimundo de Peñafort; en la Summa *Duacensis* de la escuela francesa, en el apparatus de glosas “*ecce vicit leo*”, *ibid.*, pp. 331ss. Siguiéron esta doctrina también legistas como Azo y Accursio, quienes concibieron el dominio común en sentido de *compartir* con los que están en necesidad y en tiempos de necesidad; que el necesitado tiene un derecho a apoyo del propietario. Así Accursio dice: “v. discrete gentes: ... Nam quod dicitur communis omnium possessio est de iure naturali exponitur: id est *communicanda*...”, “Et si dicatur, ‘omnia sunt communia iure naturali’ expone id est *communicanda*” (la cursiva es mía). Dig. 1,1,5, citado en WEIGAND, R., *Die Naturrechtslehre...*, *op. cit.* (n. 7), p. 91.

<sup>17</sup> Tomás de Aquino, *Summa Teológica* (ST) II-II, q. 66 a.2. *Vid.* BROCKER, M., *Arbeit...*, *op. cit.* (n.8), pp. 41ss. Autor que ya emplea un concepto ampliado de dominio, es decir, como poder o posibilidad (*potestas*) de disposición sobre las acciones y cosas materiales (*res exteriores*) que se practican en virtud de la voluntad y razón. Para un estudio del *dominium* en el tomismo, *vid.* BRUFAU PRATS, J., “La noción analógica del dominium en Santo Tomás”, Francisco de Vitoria y Domingo de Soto en BRUFAU PRATS, J., *La Escuela de Salamanca ante el descubrimiento del Nuevo Mundo*, Ed. San Esteban, Salamanca 1988, pp. 11 ss.

<sup>18</sup> En el Aquinate la propiedad privada se origina de un pacto o “*conductum humanum*” que ha generado un orden de división del dominio que es de *ius gentium* pero también de derecho natural derivado. Su defensa de la propiedad privada está en oposición a movimientos sociales y religiosos como el de los valdenses, las órdenes mendicantes y algunos franciscanos que la impugnaban y predicaban la comunidad de bienes.

ponsabilidades frente a la propiedad común, y de la promoción de la paz. Mas el orden de los bienes comunes tampoco desaparece completamente en el Aquinate, sino sigue existiendo como obligación moral de asistir a los pobres y necesitados en tiempos de necesidad, esto es, como un compartimiento, ‘*communicet*’, de la propiedad con ellos, sin haber un derecho a exigirlo por parte de los necesitados<sup>19</sup>; idea ésta que en su voz “compartir” va a ser también tenida en cuenta por Vitoria en su primer título legítimo de dominio en la *Relectio de Indis*.

La teoría del dominio común iusnatural o comunidad de bienes es compartida en general por legistas<sup>20</sup> y decretistas<sup>21</sup>, y parece constituir el punto de partida de las teorías de dominio de diferente proveniencia, al mismo tiempo que académicos como Bártolo, Tomás de Aquino, teólogos morales como Gerson, Maior, Summenhart van preparando el camino hacia un concepto de *dominium* que en el siglo XVI no sólo va a ser comprendido en forma amplia sino identificado con el derecho o “*ius*”, con el resultado de su irradiación a todas las posiciones jurídicas y a todos los derechos. En este tiempo el *dominium* va a ser visto ante todo como la categoría interpretativa del comportamiento social y como una forma unilateral de practicar la autonomía privada<sup>22</sup>, siendo predecesor del concepto de derechos humanos; pero también como categoría de derecho público<sup>23</sup>, antecesor del concepto de soberanía.

<sup>19</sup> BROCKER, M., *Arbeit...*, *op. cit.* (n.8), p. 45. De igual forma que los legistas y decretistas, para el Aquinate la *omnia communia* es un derecho natural dispositivo, no preceptivo, OTTE, G., *Das Privatrecht bei Francisco de Vitoria*, Böhlau Verlag, Köln 1964, p. 48.

<sup>20</sup> De forma similar, en estos autores el dominio tiene su origen en un derecho natural de comunidad de bienes (Irnerio, Placentin, etc.), surgiendo la propiedad privada con el derecho civil y el *ius gentium*; siendo considerada compatible con el derecho natural, e incluso de derecho natural si equiparaban al *ius gentium* con el derecho natural, cfr. WEIGAND, R., *Die Naturrechtslehre...*, *op. cit.* (n. 7), p. 99.

<sup>21</sup> Estos autores consideraban la propiedad privada compatible con el dominio común, pero no dejó de ser vista negativamente como una *iniquitas* o contravención de la equidad original de derecho natural o como consecuencia del pecado original.

<sup>22</sup> GROSSI, P., “La proprietà nel sistema della seconda scolastica”, *La seconda scolastica nella formazione del diritto privato moderno*. Incontro di studio Firenze 16-19 ottobre 1972, Milano, 1973, pp. 117-222, p. 124.

<sup>23</sup> Covarrubias ve en el *dominium* el concepto central de un derecho público moderno y lo define como “la totalidad de las relaciones jurídicas de poder sobre hombres y cosas”, REIBSTEIN, E., *Johannes Althusius als Forsetzer der Schule von Salamanca*, C.F. Müller, Karlsruhe, 1955, p. 207. Es interesante su triple clasificación: el *dominium iurisdictionis*, el *dominium universale* y el *dominium particulare*, *ibid.*, p. 206. Suárez a su vez, diferenciaba entre un *dominium iurisdictionis* y un *dominium proprietatis*.

## III. EL DOMINIO EN FRANCISCO DE VITORIA

Francisco de Vitoria (1483-1546) sigue el modelo teórico tradicional de dominio de sus antecesores arriba descritos, pero el mismo va adquirir algunas notas propias de su autor. Primero, se vale de un concepto amplísimo de *dominium* que sigue la línea de Duns Scoto, Gerson y Summenhart<sup>24</sup>. Segundo, es ecléctico por no sólo recibir la influencia de Tomás de Aquino, sino sobre todo de otras fuentes distintas como las de Cicerón, el derecho romano, la Patrística, Graciano, los legistas y decretistas, Bartolo de Sassoferrato, Duns Scotus<sup>25</sup>, Juan Gerson y Konrad Summenhart (Conrado). Y tercero, tiene el sello peculiar y único de constituir la base teórica de su análisis de la justicia de la conquista española en el Nuevo Mundo en su *Relectio de Indis*<sup>26</sup>, y a la

<sup>24</sup> Sobre el contenido amplio del *dominium* en Vitoria y su importancia en el siglo XVI, *vid.* FOLGADO, A., *Evolución histórica del concepto de derecho subjetivo. Estudio especial en los teólogos-juristas españoles del siglo XVI*, San Lorenzo de El Escorial 1960; GROSSI, P., “La proprietà...”, *op. cit.* (n. 22); WILLOWEIT, D., “Dominium und proprietates – Zur Entwicklung des Eigentumsbegriffs in der mittelalterlichen und neuzeitlichen Rechtswissenschaft”, *Historisches Jahrbuch der Görres-Gesellschaft* (1974); DECKERS, D., *Gerechtigkeit und Recht. Eine historisch-kritische Untersuchung der Gerechtigkeitslehre des Francisco de Vitoria (1483-1546)*, Univ.-Verl. Freiburg Schweiz, 1991; BÖCKENFÖRDE, E.-W., *Geschichte der Rechts- und Staatsphilosophie, Antike und Mittelalter*, Siebeck UTB, Tübingen 2006, pp. 354s.; STARCK, Chr., “Menschenrechte – aus den Büchern in die Verfassungen”, en NOLTE, G.; SCHREIBER, H.-L., *Der Mensch und seine Rechte*, Wallstein, Göttingen, 2004, 9/27, pp. 15ss. Según estos autores, en el concepto ampliado de dominio se encuentra la idea de los derechos naturales subjetivos que incluyen los conceptos de propiedad, libertad y poder político. Vgr. para Deckers, el *dominium* vitoriano está dado por la idea de que el hombre es titular de derechos naturales subjetivos, *ibid.*, p. 190; Starck puede asegurar que en la protección de la propiedad está el origen de los derechos humanos, *ibid.* p. 19; Böckenförde ve una clara conexión entre *dominium* y libertad, *ibid.*, pp. 354s.; cfr. también SEELMANN, K., *Die Lehre des Fernando Vazquez de Menchaca vom Dominium*, Carl Heymanns Verlag KG, Köln, 1979; SEELMANN, K., “Die Denkfigur des ‘subjektiven Rechts’ in der spanischen Spätscholastik”, en MATE, R. y NIEWÖHNER, F., *Spaniens Beitrag zum politischen Denken in Europa um 1600*, Harrassowitz Verlag, Wiesbaden 1994, pp. 141-151.

<sup>25</sup> Es en la cuestión del *dominium* donde Vitoria se aleja del Aquinate para nutrirse de la teoría del *dominium* y del origen del *dominium* de Duns Scotus, OTTE, G., *Das Privatrecht...*, *op. cit.* (n. 19), pp. 33, 41 s.

<sup>26</sup> En este sentido Deckers, para quien la justicia de la conquista española en el Nuevo Mundo se revela como una cuestión del *dominium* de los amerindios en el plano privado y público (“Die Frage nach der justitia der conquista entpuppt sich als Frage nach dem dominium der ‘Barbaren’ der Neuen Welt vor der Ankunft der Spanier im privaten und im öffentlichen Bereich”), DECKERS, D., *Gerechtigkeit...*, *op. cit.* (n. 24), p. 230; en otro lugar el mismo autor observa la función justificadora del dominio español de esta elección, DECKERS, D., “Barbaren, Menschenwürde und Völkerrecht: Francisco de Vitorias *Relectio de Indis recenter inventis*”, *Periplus : Jahrbuch für Außereuropäische Geschichte*, Jg. 2 (1992); 1/14, pp. 3, 13, Ya Urdanoz hacía referencia al dominio como tema de fondo de los títulos legítimos e ilegítimos pero sin vincularlo a la teoría del do-

vez, ser el contenido justificador de ésta a través de la doctrina de los bienes comunes<sup>27</sup>.

La exposición más extensa del *dominium* se encuentra dentro de la cuestión de la restitución en los Comentarios a la II-II q. 62<sup>28</sup>, donde analoga o fusiona los conceptos de derecho (*ius*) y *dominium*, entendiendo a éste último como “*facultas quadam ad utendum re aliqua secundum iura*” o “poder de disposición de una cosa y poder político” dado por Dios al hombre<sup>29</sup>, el mismo que contiene todos los derechos reales y de obligación que garantizan el uso de una cosa<sup>30</sup>, siguiendo en esto principalmente a Konrad Summenhart (Conrado)<sup>31</sup>. Así, el *dominium*, que es también *ius*, o “*facultas utendi re*”, es un derecho que sólo compete a los hombres –no a los animales– y presupone la racionalidad, la voluntad y el libre arbitrio para hacer uso de un bien, o en palabras de Vitoria, el dominio del hombre sobre sus actos o “*dominium suorum actuum*”<sup>32</sup>. Concepción ésta que le sirve para el desarrollo de su teoría del origen del *dominium*.

La teoría del origen del *dominium* vitoriana parte del postulado tomista de Dios como primer dueño o *dominus* de todo lo existente, quien ha dado este dominio original al hombre como ser superior de la creación. La misma

---

minio, URDÁNOZ, T., *Obras de Francisco de Vitoria. Relecciones teológicas*, Madrid 1960, pp. 518ss; y más adelante toca la cuestión de los derechos del amerindio bajo el concepto de dominio, pero sin establecer el vínculo con la teoría del dominio de la II-II q. 62, URDÁNOZ, T., “Síntesis teológico-jurídica de la doctrina de Vitoria”, VITORIA, F. DE, *Relectio de Indis* CSIC-CHP, Madrid 1967, XLIII-CXLII, pp. LXVIss.

<sup>27</sup> Vid. AÑANOS MEZA, M.C., “El título de ‘sociedad y comunicación natural de Francisco de Vitoria’. Tras las huellas de su concepto a la luz de la teoría del Dominio”, *Anuario Mexicano de Derecho Internacional*, vol. XII (2012), pp. 525-596, pp. 562, 588s., donde se pudo adelantar la importancia justificadora de los bienes comunes en Vitoria.

<sup>28</sup> II-II, q.62, a.1, VITORIA, F. DE, *De Iustitia*, ed. Beltrán de Heredia, T. I, Madrid 1934.

<sup>29</sup> “Tertio modo capitur dominium largius prout dicit facultatem quamdam ad utendum re aliqua secundum iura, etc., sicut deffinit Conradus q. 1 De contractibus, ubi dicit quod dominium est *facultas utendi re secundum iura vel leges rationalbiliter institutas*” (la cursiva es mía), II-II q. 62 a. 1 (n.28). Esta definición rompe con la tradición tomista del *dominium* puesto que al Aquinate le era desconocido este concepto como *jus* o *facultas utendi re* y el *dominium* no tenía una función fundamental en su teoría de la justicia, DECKERS, *op. cit.* (n. 24), p. 151.

<sup>30</sup> II-II q.62 a.1. (n.28). Vid. OTTE, G., *Das Privatrecht...*, *op. cit.* (n. 19), pp. 12, 41ss.; SEELMANN, K., *Die Lehre...*, *op. cit.* (n. 24), p. 1.

<sup>31</sup> La interdependencia de ambos conceptos es influencia directa de Summenhart, quien a su vez se basó en Gerson, DECKERS, D., *op. cit.* (n. 24), p. 165.

<sup>32</sup> VITORIA, F. DE., *De Indis* I, 1, 12 (siehe n.49), pp. 27s. Este *dominium actionum suarum* es condición para el “*dominium externarum rerum*”, SEELMANN, *Die Denkfigur...*, *op. cit.* (n. 24), p. 147.

abrazo los dos órdenes tradicionales que se suceden uno al otro: el *dominium omnium* o *communis omnium possessio*, y la propiedad privada. El primero se da en un estado natural (*status naturae*) donde no había ni propiedad privada ni dominio político, sólo prevalecía un dominio común o *dominium omnium* de derecho natural –“*a principio mundi omnia erant communia*”<sup>33</sup>–, u orden en que todos los hombres poseen todo en común, teniendo cada persona un derecho a la totalidad de los bienes y estando autorizada a servirse de los bienes disponibles para satisfacer sus necesidades, con la limitación de que no dañe a otros. Se trata pues, de un estado en que todos los hombres eran iguales y libres<sup>34</sup>; sin embargo esta “*omnia communia*” no está regida por un derecho natural preceptivo sino concesivo (*concessio*), ya que era posible apartarse de él por derecho humano<sup>35</sup>.

El paso del *dominium omnium* a la partición de las cosas o *divisio rerum* se hizo por los hombres por pacto de división (“*conductum humanum*”) a través de un “*consensus communis*” virtual<sup>36</sup>, el que da origen a la propiedad privada. La *divisio rerum* no es consecuencia inmediata del pecado original y la expulsión del paraíso, sino es un proceso que empieza con la primera división en Adam y Noé, y tiene a la ocupación como su primera forma de manifestación. Este nuevo orden de propiedad privada así surgido, está regido por el derecho positivo humano, en especial, el *ius gentium*, y no contradice el derecho natural por las razones que extrae de Tomás de Aquino y los argumentos aristotélicos de utilidad y convivencia pacífica.

Pero un aspecto digno a resaltar de la teoría vitoriana del *origen del dominium*, es la idea de que el estado natural sigue perdurando aún después del pecado original y de la expulsión del paraíso, siendo así que el *dominium omnium* natural de cada persona no ha sido derogado sino sigue siendo válido en la tierra, teniendo con ello los hombres un *dominium omnium* y, por tanto, siendo libres e iguales por derecho natural. Este *dominium omnium* aparece o cobra validez en dos situaciones particulares. La primera, en los derechos

<sup>33</sup> II-II q.62, 1. n. 9 (n. 28).

<sup>34</sup> “...*omnes homines de jure naturali erant aequales; nullus erat princeps de jure naturali*”, II-II q. 62 a.1 n.21. (n.28). En esta idea está la clave de la comprensión de la teoría vitoriana del *dominium*, OTTE, G., *Das Privatrecht...*, *op. cit.* (n. 19), p. 46.

<sup>35</sup> II-II q. 62, n. 20. (n. 28). *Vid.* SEELMANN, K., *Die Lehre...*, *op. cit.* (n. 24), p. 113; BROCKER, M., *op. cit.* (n. 8), pp. 46ss.

<sup>36</sup> DECKERS, D., *op. cit.* (n. 24), pp. 183ss.



de caza, pesca y provisión de leña, que sólo deben ser limitados por razones justificables; y la segunda, cuando alguien pierde sus bienes o se encuentra en estado de extrema necesidad –“*In extrema necessitate omnia sunt communia*”<sup>37</sup>– y conduce a un derecho natural del necesitado de tomar lo necesario para cubrir sus necesidades.

Como puede verse, es en su explicación del *origen del dominium* bajo las coordenadas del *dominium omnium* y la *divisio rerum*, donde se encuentra el núcleo central de su teoría del dominio, el mismo que sirve a su vez de fundamento teórico de la institución social de la propiedad privada y del poder político y cuya importancia es medular para comprender su empleo en la ética de la conquista española del Nuevo Mundo<sup>38</sup>.

#### IV. EL DOMINIO EN LA *RELECTIO DE INDIS*

Es precisamente este esquema teórico del dominio expuesto en los Comentarios a la II-II, con su primer bosquejo de la ética colonial española en América en la q.62 a.1<sup>39</sup>, que es empleado por Vitoria para solucionar el problema de la justicia de la conquista del Nuevo Mundo en la *Relectio de Indis*<sup>40</sup>. En esta relectión el burgalés no hace otra cosa que confirmar y complementar su teoría del dominio y del origen del dominio, a la vez que va a tratar temas altamente relevantes del derecho internacional público moderno a raíz de las relaciones internacionales que surgieron del descubrimiento de América. Ya en su primera parte, la más elemental, llega a solucionar la cuestión del dominio lícito español sobre el Nuevo Mundo<sup>41</sup> basado fundamentalmente en su teoría del

<sup>37</sup> II-II q.62 a.5; n.15. (n.28). Situación que sólo se da en Vitoria cuando el necesitado está amenazado de muerte sin contar con ayuda alguna y sólo al tomar lo que necesita de los que tienen en abundancia, *vid.* DECKERS, D., *op. cit.* (24), pp. 212s; también OTTE, G., *Das Privatrecht...*, *op. cit.* (n.19), pp. 52ss.

<sup>38</sup> Así también Deckers, quien también nota su relevancia para la teoría del Estado, DECKERS, D., *op. cit.* (24), pp. 203s, 226. 229.

<sup>39</sup> II-II q.62 a.1. n.28. (n.28), apartado escrito en 1535, *vid.* DECKERS, D., *op. cit.* (n. 24), pp. 228s.

<sup>40</sup> Leída en 1939. A lo largo del trabajo nos basamos en la *Relectio de Indis*, Edición crítica bilingüe por L. Pereña y J. M. Pérez Préndes, CHP-CSIC, Madrid 1967.

<sup>41</sup> Toda la *Relectio de Indis* parte de la simple cuestión especial, de si es lícito bautizar a los hijos de los infieles del Nuevo Mundo, la que resuelve solucionando primero la forma lícita del dominio de los españoles en el Nuevo Mundo en la primera parte. Esta primera parte está dividida en tres capítulos desarrollados de acuerdo a tres cuestiones: el dominio de los amerindios antes de

*dominium*, ello después de haberse ocupado del concepto, definición, formas de aparición, requisitos, límites, así como de las formas de adquisición y pérdida del *dominium*; pudiéndose abstraer esta relección en el solo concepto de ‘dominio’ o *dominium*.

En el primer capítulo de esta primera parte, Vitoria expone la base teórica del posterior desarrollo de la *Relectio de Indis*. Formula el concepto, formas y condiciones del dominio en general y se extiende en la teoría del origen del dominio<sup>42</sup>, ello a fin de resolver la cuestión concreta de si los amerindios poseían dominio antes de su encuentro con los españoles. Así, concibiendo el *dominium* como *ius* o *facultas utendi re*<sup>43</sup>, lo define como “el derecho de usar una cosa para la propia utilidad”. Asimismo, establece sus dos formas principales: privada y pública. Mientras la primera es un derecho que tiene cualquier persona sobre una cosa, en la segunda se trata de un derecho público o “*dominio superioritatis*” o derecho de los príncipes de gobernar a sus súbditos. Otras formas de dominio que distingue, de acuerdo a su origen y siguiendo las formas del *ius*, son el *dominium naturale* y el *dominium civile*, siendo el primero de origen divino, mientras el segundo se inclina a ser de derecho humano<sup>44</sup>. Nota a resaltar es que el *dominio superioritatis* vitoriano constituye el antecesor del concepto moderno de soberanía que con tal denominación recién se estaba formando en el siglo XVI.

En esta parte Vitoria se ocupa también de los presupuestos fundamentales del *dominium*. El primero es la calidad de hombre, diferenciable de los animales, y el segundo, la capacidad de *dominium*, que sólo tienen los hombres por poseer “uso de razón”, al haber sido creados por Dios a su imagen y semejanza. Estos dos elementos, hombre y uso de razón, son la medida sustancial de la existencia del dominio, y se complementan con otros requisitos, como el de tener dominio sobre sus propios actos y miembros, que presupone a la vez una capacidad de elección, y la capacidad de recibir o padecer injusticia. En-

---

la llegada de los españoles, los títulos no legítimos de dominio y los títulos legítimos de dominio. Las dos últimas partes sólo son consideraciones derivadas de lo que ha resuelto en la primera y tienen importancia sólo en conexión con ésta.

<sup>42</sup> Vale recalcar su referencia al tema de la restitución, VITORIA, F. DE., *De Indis* I, 1-2, p. 14.

<sup>43</sup> Su confirmación de la homologación de *dominium* con derecho (*ius*) y su remisión a Konrad Summenhart “Probat, quia dominium nihil aliud est quam ius utendi re in usum suum”, VITORIA, F. DE., *De indis*, I I, 11-14, p. 26.

<sup>44</sup> El *dominium* en Vitoria es siempre de origen divino, puesto que Dios es el creador del mundo y del hombre.

tonces, sólo se está impedido de dominio o se pierde el mismo cuando faltan estos elementos, y no por servidumbre natural, pecado mortal<sup>45</sup>, infidelidad o por la condición de amente o idiota. Ello le permite concluir que los amerindios tenían *dominium* en su dimensión íntegra –pública y privada– por el hecho de ser también seres humanos y tener uso de razón<sup>46</sup>, considerando ilegítima toda privación de sus bienes bajo tales argumentos. Pero este reconocimiento de la capacidad de dominio del amerindio es debilitado al dejar entrever este autor que tal “condición de hombre” es imperfecta por su ignorancia de la fe y su “educación mala o bárbara”, y al aceptar para este caso la doctrina aristotélica de la servidumbre natural modificada en servidumbre “civil”. Entonces, la aserción de que los amerindios “son hombres” no tiene un carácter general ni proclamativo, sino sólo es válida para establecer su capacidad de dominio y en cuanto se opone a argumentos que negaban categóricamente su naturaleza humana<sup>47</sup>; la misma que va a constituir la base para el desarrollo de los subsiguientes capítulos que se ocuparán de las formas de cómo va a perder el amerindio su dominio y cómo lo obtendrán los españoles.

En los siguientes dos capítulos de la primera parte, el segundo y tercero, Vitoria se ocupa fundamentalmente de las formas de adquisición y pérdida del dominio, que sistematizándolas se distinguen en formas lícitas e ilícitas, generales y específicas, así como originarias y derivadas. De sus formas lícitas generales reconoce cinco: la *ocupación primera y pacífica* de tierras que son *res nullius*, el *descubrimiento o ius inventionis*, la *guerra justa*, la *elección voluntaria o libre voluntad (deditio)* y el *sometimiento libre y voluntario de los convertidos al cristianismo* para ser regidos por príncipes cristianos. De todas éstas, las dos últimas constituirían formas derivadas de adquisición y/o pérdida del dominio por tratarse de actos voluntarios del traslado de dominio; mientras que las tres primeras estarían dadas por sus formas originarias, incluyendo el dominio perdido y/o obtenido por guerra justa. Ahora, para resolver la cuestión de si estas formas lícitas y generales son aplicables a la conquista del Nuevo Mundo,

<sup>45</sup> “Peccatum mortale non impedit dominium civile et verum dominium”, VITORIA, F. DE, *De indis*, I I, 2-3, p. 17; haciéndose en este lugar visible el *dominium* como derecho natural subjetivo, DECKERS, D., *op. cit.* (n. 24), p. 218.

<sup>46</sup> Con la expresión de ser “a su modo”, VITORIA, F. DE, *De indis*, I I, 13-15, p. 29, signaliza más un reconocimiento de complacencia que de convicción.

<sup>47</sup> El reconocimiento de su carácter humano constituye un avance moral frente a la duda generalizada de su hominidad, animada por defensores que categóricamente la negaban como Juan Ginés de Sepúlveda.

Vitoria no se pone enseguida a examinarlas a este caso concreto, sino primero emprende el arduo camino de ocuparse de sus formas ilícitas o insuficientes y de su correspondiente argumentación, método propio de la Escolástica. Así pues, concluye al final que los amerindios no pierden el dominio en siete situaciones, las que pueden ser resumidas en las siguientes: por existir un dominio del Emperador y del Papa, por derecho de descubrimiento o *inventionis*, por infidelidad e incursión en pecados mortales, por elección voluntaria o libre voluntad de aceptar el dominio español y por donación papal.

En cuanto al *dominio del Emperador y del Papa*, y comprendiendo el *dominium* como potestad sobre *cosas y personas*, los rechaza por no ser existentes. Frente al primero, descarta la validez de su dominio universal, incluyendo del Nuevo Mundo, por carecer de fundamento en el derecho natural, divino y humano. Frente al segundo, rechaza el dominio civil y temporal del Papa sobre todo el orbe<sup>48</sup>, también por faltarle fundamento en el derecho natural, humano y divino, admitiendo únicamente su potestad espiritual o potestad temporal sobre las cosas espirituales de todos los cristianos, incluyendo a los amerindios fieles y convertidos a la cristiandad. Su potestad no alcanza pues, a los amerindios no conversos, a quienes no se les debe obligar a aceptar este título de dominio, ni se les debe hacer guerra o despojarlos de sus bienes y territorios por el rechazo del mismo. Conclusión ésta que tiene una implicación política de la época, pues Vitoria está quitando indirectamente sustento moral y jurídico a la institución del requerimiento que se practicaba en el Nuevo Mundo. En este lugar, más exactamente al tratar el dominio universal del Emperador, Vitoria citó la frase del Aquinate de que “*por derecho natural los hombres son todos libres*”<sup>49</sup> tan sólo para remarcar que ningún hombre está bajo el dominio de autoridad terrenal universal alguna, incluyendo a los amerindios como beneficiarios de esta libertad a consecuencia de su naturaleza humana. De aquí no es posible desprender ninguna proclamación general de libertad para los amerindios; por el contrario, Vitoria acepta la servidumbre y esclavitud como instituciones jurídicas impuestas por el derecho humano, y correspondientemente acepta en los amerindios su condición de servidumbre civil, e incluso natural bajo condi-

<sup>48</sup> “El Papa no es señor civil o temporal de todo el orbe, hablando de *dominio y potestad civil* en sentido propio” (la cursiva es mía), VITORIA, F. DE, *De Indis*, I 2, 4-5. p. 46; se trata de un rechazo abierto a la doctrina heliocéntrica del dominio universal del Papa que ya fuera impugnada por Cayetano (1512-1522?).

<sup>49</sup> VITORIA, F. DE, *De Indis*, I 2, 2, p. 36.

ciones, la intervención religiosa y la evangelización aún por la fuerza, así como su esclavitud como resultado de la guerra justa<sup>50</sup>.

El título de *descubrimiento* o *ius inventionis*, propio de esta época de viajes de descubrimiento en ultramar y fuertemente defendido por conquistadores, juristas y sectores oficiales españoles, fue visto por Vitoria como un derecho análogo a la ya antigua y conocida institución jurídica de la “ocupación” (*occupatio*)<sup>51</sup>, vigente dentro del derecho de gentes de su época y que no sólo exige para su validez el acto de posesión efectiva de territorio, sino que éste sea *res nullius*; de allí que considerándolo como una forma válida de adquisición del dominio, ve sin embargo que no es suficiente en sí para fundamentar título de dominio en el Nuevo Mundo porque tales tierras no eran *res nullius*.

La *infidelidad* y los *pecados mortales* de los *amerindios*, que indirectamente, es decir, mediante un derecho de guerra, llevarían a la pérdida de dominio, y que constituyen los títulos ilegítimos cuarto y quinto, se dan en diferentes situaciones. La primera es su *pecado de infidelidad* al rechazar su conversión a la fe cristiana después de la predicación y exhortación y que con base en el argumento de la ignorancia invencible fue descartado. La segunda situación está dada por sus *pecados mortales*, al incumplir sus obligaciones religiosas de *escuchar* la predicación y *conocer* la fe; así como de *recibir* la fe si se les es predicada con argumentos razonables y probables y con el testimonio (ejemplo) de una vida digna y diligente, de acuerdo con la ley natural y de forma pacífica, sin coacción, amenazas o inducción de temor. Vitoria es enfático en rechazar todo derecho de guerra en tales casos, siendo las consecuencias más de carácter religioso –pecado mortal– que jurídico<sup>52</sup>. La tercera situación está dada

<sup>50</sup> Ven una proclamación de libertad de los amerindios entre otros HERNÁNDEZ MARTÍN, R., *Derechos humanos en Francisco de Vitoria*, ed. San Esteban, Salamanca, 1984, p. 45; GOTI ORDENANA, J., *Del tratado de Tordesillas a la doctrina de los derechos fundamentales en Francisco de Vitoria*, Universidad de Valladolid, Valladolid 1999, pp. 266 s.

<sup>51</sup> La ocupación en el derecho romano era una forma original de adquisición de la propiedad permitida sólo sobre *res nullius* como animales salvajes, *res hostiles* (botín de guerra) y *res derelictae*, que surtía efectos con el poder efectivo sobre la cosa. Estaba regida por el *ius gentium*, pero también por el derecho natural debido a su identificación de aquél con éste. Las *res nullius* son cosas sin propietario cuyo uso está permitido a todos, pero que pueden ser objeto de apropiación por ocupación en ciertos casos, Inst. II, 1(12).

<sup>52</sup> Desde el IV Concilio de Toledo, cap. 57 (633) se estableció el deber de misionar con persuasión y sin uso de la fuerza frente a judíos y sarracenos, de ahí que sólo estaba permitido una coacción indirecta en la conversión de los paganos. Este cuarto título religioso debe ser interpretado en consonancia con los títulos legítimos religiosos II, III, IV y VI que contienen derechos de intervención religiosa contra amerindios infieles y contradicen toda forma de libertad religiosa.

por los *pecados mortales violadores de la ley natural*, como el canibalismo, incesto, fornicación, adulterio, los sacrificios, etc.<sup>53</sup>, que fue también rechazada debido, sobre todo, a la carencia de jurisdicción espiritual sobre ellos y a la indeterminación de los pecados que violan la ley natural que sean válidos para todos los hombres.

La *elección voluntaria o libre voluntad*, que forma el sexto título ilegítimo, es tenido por Vitoria como un derecho o acto válido del traspaso de dominio, asentado en las Instituciones de Justiniano; pero lo considera inaplicable a los amerindios por exigir este derecho la inexistencia de vicios de la voluntad, siendo que precisamente en ellos median vicios del consentimiento como el miedo e ignorancia. Sin embargo, Vitoria acepta como acto válido de traspaso de dominio la *voluntad del pueblo* para someterse al dominio español<sup>54</sup>, figura conocida en la historia del derecho internacional como *dedition*, que se da cuando existe un rendimiento incondicional o sumisión de un pueblo para evitar los estragos que traería la guerra del extranjero ocupante<sup>55</sup>. El argumento de una *donación especial de Dios* a causa de una condena a los amerindios por sus costumbres, que constituye el séptimo y último título, es también rechazado sin perder el tiempo en fundamentar su falta de sustento.

Después de haber desarrollado los títulos ilegítimos o insuficientes, Vitoria se vio frente al problema de que el dominio sobre el Nuevo Mundo no puede ser fundamentado sin más, en los títulos originarios de la ocupación o *descubrimiento o ius inventionis*; pero tampoco en sus formas derivadas como la *elección voluntaria o libre voluntad (deditio)* y el *sometimiento libre*. De allí que necesitaría de una construcción teórica más general y compleja que abarque un sistema más vasto de principios y derechos que sí den paso a tal dominio, y esta construcción compleja se la proporciona su teoría del dominio y del

<sup>53</sup> Se trata aquí del quinto título ilegítimo, que aunque fuera rechazado, no dejó de ser condenado por las transgresiones a la ley natural, lo que contradice también toda forma de libertad de conciencia.

<sup>54</sup> Que presupondría un acto de consultación. De ahí que se sostenga que Vitoria reconoció derechos soberanos a los pueblos amerindios, PEREÑA VICENTE, L., *La idea de la justicia en la conquista de América*, MAPFRE, Madrid 1992, pp. 109ss; o un derecho de autodeterminación de los pueblos, URDÁNOZ, T., *op. cit.* (n. 26), p. 547; GOTI ORDEÑANA, J., *Del tratado...*, *op. cit.*, p. 301. Esta interpretación no es sostenible porque el derecho de autodeterminación protege la libertad de un pueblo de toda forma de influencia o dominio extranjero y precisamente aquí ocurre un acto –aunque voluntario– de sometimiento a la regla extranjera.

<sup>55</sup> Cfr. PREISER, W., *Macht und Norm in der Völkerrechtsgeschichte*, Nomos, Baden-Baden 1978, p. 36.

origen del dominio, que es tan general como flexible –por abarcar tanto el orden del derecho natural como el de derecho humano– para integrar en su sistema algunas de las formas de dominio que por sí solas fueron descartadas por Vitoria.

## V. EL PRINCIPIO DE *NATURALIS SOCIETATIS ET COMMUNICATIONIS* Y LA DOCTRINA DE LOS BIENES COMUNES

El principio llamado por Vitoria de “sociedad y comunicación natural” (*naturalis societatis et communicationis*), o conocido corrientemente como “*ius communicationis*”, constituye el primer argumento o título legítimo de importancia cardinal en el sistema teórico vitoriano, no sólo por ser el primer título que este autor propone como válido para la pérdida de dominio del amerindio y su adquisición por el español, sino sobre todo, por estar fundamentado principalmente en la doctrina de los bienes comunes. Vitoria lo introduce con la frase: “*El primer título puede llamarse de sociedad y comunicación natural*”<sup>56</sup>; pero como ya se mencionó en otro lugar, este título es enigmático porque su autor no lo definió ni reveló sus fuentes directas, y además, por haber sido completamente desconocido con tal formulación<sup>57</sup>. No obstante, es posible conocerlo mediante las fuentes que cita a lo largo de sus argumentaciones, que son predominantemente las del derecho romano complementadas con las del derecho canónico, Patrística, doctrina tomista y citas bíblicas, así como a través de un examen conceptual del mismo. Pero antes que todo, es importante aclarar el término “comunicación” con un primer examen etimológico y semántico por ser clave para entender este título y para disipar confusiones que se han tejido sobre él en los comentadores de Vitoria.

Desde la perspectiva etimológica y semántica, la expresión “sociedad y comunicación natural” contiene el término “comunicación”, que deriva del sustantivo latín “*communis*” que significa “común”, y de su forma verbal “*communicare*”, que significa “poner en común, compartir algo, dejar compartir algo, reunir, participar e intercambiar, los que hacen referencia a una acción

<sup>56</sup> “*Primus titulus potest vocari naturalis societatis et communicationis*”, VITORIA, F. DE, *De Indis*, I 3, I, p. 77.

<sup>57</sup> Cfr. con más extensión AÑAÑOS MEZA, M.C., *op. cit.* (n. 27), pp. 573ss.

social que implica participación en algo que se hace o construye como algo común, de todos<sup>58</sup>. Dentro de estas acepciones sinónimas, resaltan las de “poner en común” o “compartir”, por ser sobre todo éste último un verbo clave de las doctrinas del dominio, como se ha visto arriba, y expresar una relación tridimensional entre personas sobre un objeto o bien que se usa y “comparte”.

Desde la perspectiva conceptual, existe una conexión entre el concepto de *naturalis societatis et communicationis* vitoriano y el de *communitatis et societatis humanae* de Cicerón, ya que ambos encierran un claro mensaje de la doctrina de los bienes comunes.

La *communitatis et societatis humanae* está comprendida por Cicerón<sup>59</sup> como un principio universal fundamentado en la naturaleza, cuyo primer principio se halla en la comunidad de todo el género humano, que no sólo tiene en común la razón y el habla, sino que éstos lo acercan y lo unen; o en sus palabras, es “*aquel, que forma con tan estrecho vínculo la sociedad universal del género humano, y consiste en la razón y el habla [ratio et oratio], que enseñanado, aprendiendo, comunicando, disputando y juzgando, concilia a los hombres entre sí y los une en una sociedad natural*”<sup>60</sup>. Continúa diciendo:

“Esta es la sociedad tan dilatada, que abraza todo el género humano; en que deben ser comunes todas aquellas cosas, que crió la naturaleza para el uso común: de suerte que en orden a la separación de ellas, tengan las leyes civiles su vigor, y efecto en las posesiones particulares; y en lo demás se observe puntalmente aquel adagio griego, en que se dice: los bienes de los amigos *son comunes*. De ello concluye una obligación: “... que todo quanto podamos *comunicar* sin de-

<sup>58</sup> La voz ‘comunicar’ en el sentido de “hacer a otro partícipe de lo que uno tiene” se ha conservado hasta el presente; es la primera de diez acepciones en el Diccionario de la Lengua Española, RAE, Ed. XXII.

<sup>59</sup> “Vida social humana y sociedad humana”, CICERÓN, M. T., *Los Oficios*, trad. M. de Valbuena, Imprenta Real, Madrid, 1788, I XVI, p. 87. Concepto conexo con el de *naturalis societas* (“sociedad natural”), CICERÓN, M. T., *De legibus*, Ed. bilingüe por A. D’Ors I, 5, p. 65, o sociedad propia de los seres humanos racionales y sociales unidos por vínculos naturales de amistad y solidaridad humana; el de *societas hominum* o sociedad del género humano, CICERÓN, M. T., *De Officiis*, Liber Primus, 1: 17, 20; y con el de *ius humanae societatis* o derecho del género humano, CICERÓN, M. T., *Los oficios* (trad. Valbuena) I, VII, p. 38; *vid.* MIAJA DE LA MUELA, A., “El derecho *totius orbis* en el pensamiento de Francisco de Vitoria”, *Revista Española de Derecho Internacional*, XVIII (1965), pp. 341-364, pp. 344s, que ve en este concepto una de las fuentes doctrinales del *ius inter gentes* de Vitoria.

<sup>60</sup> “Sed qua natura principia sint *communitatis & societatis humanae*, repetendum altius videtur, [...]” (la cursiva es mía), CICERÓN, M.T., *Los Oficios* (trad. Valbuena, n.59), I, XVI, p. 87.



trimento nuestro, debemos darlo aún al que no conocemos: de donde nacen aquellas obligaciones comunes de no estorvar el uso del agua corriente, permitir tomar lumbre de la nuestra á quien la quiera, dar buen consejo al que le haya menester: cosas que ceden en provecho de quien las reciben, y al que las dá no le cuestan nada. Y así conviene que sea *libre, y universal el uso de ellas*, y contribuir siempre con algo de nuestra parte á la utilidad común”<sup>61</sup>.

En este pasaje salta a la luz la teoría del dominio ciceroneana basada en el dominio común de derecho natural, el que sigue existiendo aún después de la partición de los bienes. Esta sociedad ideal obliga moralmente a los miembros de ella, en virtud del vínculo de solidaridad humana, a compartir o ceder de sus propios bienes en beneficio de los que han de necesitarlos y a hacer uso común de los bienes comunes. Idea que es captada por Vitoria en el principio de “sociedad y comunicación natural”, cuyo contenido no es otro que el descrito por Cicerón. No cabe duda que la *communitatis et societatis humanae* ciceroneana es mejor comprendida en los tiempos de Vitoria como una *naturalis societatis et communicationis* porque pone el acento en la sociedad de derecho natural y en la “comunicación” en sentido de compartir bienes comunes en virtud de la amistad y solidaridad de los hombres.

En Vitoria la *naturalis societatis et communicationis* es un principio fundamental del *ius gentium natural*, en virtud del cual debe organizarse la comunidad mundial (*totus orbis*), y del cual se derivan otros principios como los de amistad, solidaridad, reciprocidad, hospitalidad, cortesía, humanidad y comunicación o participación de los bienes que uno posee. Por tratarse de un principio de derecho natural, es universal, y por tanto, válido para todos los hombres independientemente de su pertenencia nacional o cultural; pero es también necesario para la humanidad, pues este orden social no sólo presupone la sociabilidad natural del hombre y el compartimiento de los bienes comunes como algo natural y esencial, sino los exige por derecho natural. Por tanto, los derechos que se derivan de este principio matriz van a tener carácter imperativo u obligatorio y van a ser causa justificante de intervención y hasta guerra justa en caso del no acatamiento o de la violación de alguno de ellos; sus consecuencias son entonces jurídicas y punibles y no solamente religiosas o morales; teniendo su ejercicio el único límite de no generar daño o detrimento

---

<sup>61</sup> (La cursiva es mía) CICERÓN, M.T., *Los oficios* (trad. Valbuena, n.59), libro I, cap. XVI, pp. 49s.

a los demás ni agredir contra la vida pacífica. Tales derechos se agrupan en el *ius peregrinandi et degendi*, el *ius negotiandi* y el derecho de comunicación y participación de bienes comunes.

Las libertades contenidas en los dos primeros grupos de derechos, el *ius peregrinandi* y *ius degendi* o libertad de los extranjeros de transitar, inmigrar y residir en tierras extranjeras<sup>62</sup>, y el *ius negotiandi* o libertad de ejercer el comercio, sirven al principio matriz de *naturalis societatis et communicationis* y posibilitan el uso de los bienes comunes en el Nuevo Mundo; de allí que entre las obligaciones de no prohibir tales libertades, tratar bien a los extranjeros, no impedir la comunicación y el trato entre los hombres, no desterrar, no estorbar el comercio y comunicación entre los hombres, recibir a los huéspedes y no expulsar a los extranjeros, se encuentre también la obligación de *no vedar el uso de los bienes comunes*. Ambos grupos de derechos están sustentados sobre todo en el *ius gentium natural*<sup>63</sup>, tienen un carácter necesario y obligatorio y están condicionados a que su ejercicio sea pacífico y esté ausente de cualquier agravio, perjuicio o daño a los habitantes nativos. Su impedimento constituye un acto grave que otorga derecho de guerra a los españoles. Una consecuencia política que salta a la vista es que en el *ius peregrinandi et degendi* está en juego el acceso libre a las tierras del Nuevo Mundo en favor de los españoles, mientras que en el *ius negotiandi*, el resguardo del desarrollo y expansión económica de los españoles.

*El derecho de comunicación y participación de bienes comunes* es el tercer derecho derivado del principio de *naturalis societatis et communicationis* y el que está más estrechamente ligado a la doctrina iusnatural de los bienes comunes de la teoría del dominio, pero también es el más incógnito en los estudios sobre Vitoria. A esto el burgalés dice:

“Si hay entre los bárbaros *cosas comunes* a los nacionales y a los extranjeros, no es lícito que los bárbaros prohiban a los españoles la *comunicación y participación* de esas cosas”<sup>64</sup>.

<sup>62</sup> VITORIA, F. DE, *De indis*, I 3, I, pp. 78ss. Otros derechos conexos son los de ciudadanía y nacionalidad a hijos de españoles nacidos en el Nuevo Mundo y españoles residentes en función del principio de hospitalidad.

<sup>63</sup> Aunque también en el derecho divino y derecho natural.

<sup>64</sup> (La cursiva es mía) “Tertia Propositio: Si quae sunt apud barbaros communia, tam civibus quam hospitibus, non licet barbaris prohibere hispanos a communicatione et participatione illorum”, VITORIA, F. DE, *De Indis* I 3, 3-4, pp. 81s.

Basándose en el derecho romano, Vitoria considera como bienes comunes a amerindios y españoles, el aire, el agua corriente, los ríos, el mar, los puentes y también las ‘tierras’ o ‘campos’, sin indicar aquí, a qué tierras o campos se refiere; sin explicar tampoco, sobre la base de qué norma o argumento llega a esta aserción<sup>65</sup>, pues si los amerindios tenían dominio público y privado antes de la llegada de los españoles, que se supone que era excluyente, ¿cómo es posible que los españoles a su entrada en el Nuevo Mundo como ‘peregrinos’ y ‘residentes’ sean beneficiarios de bienes comunes con respecto a ‘tierras’ o campos que no estaban considerados como tales por el derecho romano o, por lo menos, no estaban incluidos en la clasificación de bienes comunes? Su explicación sólo podemos reconstruirla con ayuda de su teoría del dominio que acepta la existencia de bienes comunes aún después de la partición o *divisio rerum* en un orden creado por la propiedad privada, pero Vitoria hace aquí más diferenciaciones como veremos enseguida. Valga decir por lo pronto que, por tratarse de bienes comunes cuyo uso y/o goce es libre a todo hombre y pueblo, los productos valiosos que se extraen de ellas como oro o plata, pueden ser usados y explotados por los españoles si los amerindios no los usan o explotan, los mismos que conducen por último a la apropiación por ocupación. Por lo demás, este *derecho de comunicación y participación de bienes comunes* tiene en Vitoria un carácter general y amplio; es plenamente válido después de la partición o *divisio rerum* y tiene igual fuerza imperativa que los derechos anteriores. Su ejercicio también está condicionado a la ausencia de daño o perjuicio a sus habitantes y contiene la obligación para los amerindios de no prohibir a los españoles su uso y comunicación o su participación en ellos, y el de no impedirles la adquisición de cosas sin dueño o *res nullius*.

Aquí parece hacer Vitoria una distinción entre “tierras” con dueño y “tierras” sin dueño en el Nuevo Mundo. Sólo en el primer caso se estaría tratando de bienes comunes a españoles y amerindios que parecen presuponer la existencia de un derecho previo y válido de *descubrimiento* o *ius inventionis* —que como dijimos arriba no es más que una forma moderna de la ocupación—, pero que al estar tales “tierras” habitadas y tener como dueños a sus habitantes nativos, no pueden ser adquiridas por los españoles sino sólo usadas en dominio común; es decir, han de ser “compartidas” tanto por españoles como por amerindios. Esta doctrina estaría conciliando la posesión efectiva de los españoles

---

<sup>65</sup> VITORIA, F. DE, *De Indis*, I 3, 3-4, p. 82.

por *ius inventionis* con el dominio de los amerindios, fundamentalmente en virtud del principio ciceroneano de *communitatis et societatis humanae*. De otra manera no se entendería su referencia a las “tierras que son comunes”.

Para el caso de cosas sin dueño o *res nullius*, Vitoria recurre nuevamente a la ocupación, como institución del *ius gentium positivo*, y confirma su plena validez como forma originaria de adquisición del dominio, pues ya lo había hecho en la introducción de esta *Relectio* al confirmar la legitimidad de la conquista del Nuevo Mundo por “*pacífica posesión y de buena fe*” de los Reyes españoles<sup>66</sup>, que es también expresión del derecho de *descubrimiento* o *ius inventionis*, que en esencia es la ocupación. En sus palabras, las *res nullius* están regidas por el derecho de primera ocupación. Con ello no sólo está reconociendo que en el Nuevo Mundo existen territorios no habitados o *res nullius*, sino también que las riquezas que se encuentren en ellos se rigen por el derecho del primer ocupante, que es igualmente válido para españoles y amerindios. Aquí nuestro autor deja el plano del *ius gentium natural* para reconocer también diversas instituciones del *ius gentium positivum* como la inviolabilidad de los embajadores, el uso común de los mares<sup>67</sup>, la esclavitud por cautiverio y la no expulsión de los extranjeros, que fueron establecidos por el hombre a través del consentimiento de la mayoría del orbe<sup>68</sup> y destinados al bien común.

Como ya se anotó arriba, las consecuencias del incumplimiento y/o violación de las libertades y derechos derivados del principio iusnatural de *naturalis societatis et communicationis* son jurídicas y punibles, es decir, constituyen una “transgresión o violación” de ellos equivalente a una “*iniuria*”<sup>69</sup> y ésta es causa

<sup>66</sup> VITORIA, F. DE, *De Indis* I 1-2, p. 5, donde da por zanjada desde un comienzo la cuestión de la licitud del dominio español en el Nuevo Mundo, legitimizándolo *ex post facto* sobre la base del derecho de primera ocupación.

<sup>67</sup> En este lugar se ha hecho referencias a una declaración de “libertad de los mares”, así URDÁNOZ, T., *Obras...*, op. cit. (n.26), p. 600; SODER, J., “Die Idee der Völkergemeinschaft. F. de Vitoria und die philosophischen Grundlagen des völkerrechts”, en *Völkerrecht und Politik*, T. 4, 1955, 1/143, p. 137, la que debe entenderse aquí como dominio común, en este sentido también Reibstein, para quien el argumento principal de la libertad de los mares tiene el carácter de derecho real, REIBSTEIN, E., *Die Anfänge des neueren Natur- und Völkerrechts*, Bern 1949, pp. 231ss.

<sup>68</sup> El consentimiento de la mayoría del orbe sólo tiene lugar en Vitoria dentro del *ius gentium positivo*, pero no en los principios y derechos del *ius gentium natural*, ya que éstos son *per se* universales y absolutos, y están regidos por la razón. Este “consentimiento” parece ser entendido por Vitoria más como una fuente del *ius gentium* que como un estado ideal.

<sup>69</sup> Son tenidos como actos injustos entre otros, el destierro sin justa causa, la obstrucción del comercio de españoles entre sí y de españoles con los amerindios, la obstrucción del uso y goce de los bienes comunes y del paso inocente de naves, la prohibición infundada a los españoles

justificable de guerra, la que llevaría a la pérdida del dominio por parte de los amerindios y a la adquisición de dominio legítimo sobre el Nuevo Mundo y sus habitantes por parte de los españoles, pareciendo tener tal adquisición el carácter de originaria en Vitoria. Reduciendo las consecuencias a pocas palabras, se trata pues, de la pérdida y adquisición de dominio por guerra justa. Naturalmente que Vitoria establece también los parámetros a los que se sujeta este derecho de guerra. Partiendo de los postulados tradiciones de la guerra justa y de la rectitud de la guerra de los españoles por el impedimento del goce de las libertades y derechos derivados del principio de *naturalis societatis et communicationis*, nos revela su concepción de guerra justa, los requisitos, alcance, límites de ella, etc., tema sobre el cual no nos extenderemos en este lugar<sup>70</sup>.

Concluyendo se puede decir lo siguiente: en el principio de *naturalis societatis et communicationis* es la idea de los bienes comunes un aspecto central de él; e igualmente, en los bienes comunes está el origen del derecho de dominio español sobre el Nuevo Mundo.

Resumiendo lo expuesto, el principio de *naturalis societatis et communicationis* resguarda la doctrina de los bienes comunes, que si bien es cierto proviene de un solo modelo teórico básico de dominio, el cual se remonta a Cicerón, lleva una construcción compleja como producto de influencias diversas. Por su parte, los derechos y libertades que se desprenden de él, se basan en instituciones jurídicas del *ius gentium* romano que sirven a su vez al principio matriz de forma coherente. Indudablemente que surgen incoherencias en el desarrollo de este principio, pero desde ya debe decirse que ellas no se encuentran a nivel del principio mismo ni en la doctrina de los bienes comunes que lo contiene y fundamenta, sino a nivel de los derechos y libertades que se le derivan; para ser más precisos, en su amplitud, carácter imperativo, punibilidad, en la vía bélica a que llevan para su cumplimiento, así como también en la ampliación del derecho de guerra a casos nunca antes contemplados o tratados. Tales derechos y libertades son tan amplios y numerosos que entran ya en el ámbito de la intervención e imponen a la vez un número correspondiente de obligaciones, conociéndose de antemano las posiciones reales de sus destinatarios; ello

---

de entrar y residir en territorio americano. Otras causas como la imposición de la religión, la expansión del dominio, la propia gloria o el ejercicio violento de los derechos, están fuera de justificación.

<sup>70</sup> Básicamente parte de los postulados tradiciones de la autoridad legítima, intención justa y razón justa. Cfr. AÑAS MEZA, M.C., "El título...", *op. cit.* (n. 27), pp. 582ss.

produce necesariamente un desequilibrio aún más acentuado en la relación asimétrica entre el español y amerindio que desde ya era más desfavorable para éste. La cuestión ética que necesitaría un examen mayor es conocer si estos derechos y libertades se encuentran en contradicción con los presupuestos fundamentales de la guerra justa, de su teoría del dominio<sup>71</sup>, del *ius gentium*, de la teoría de la justicia y de principios éticos en general válidos en su tiempo.

## VI. EL PRINCIPIO DE *NATURALIS SOCIETATIS ET COMMUNICATIONIS* Y LOS DEMÁS TÍTULOS LEGÍTIMOS

El principio de *naturalis societatis et communicationis* es considerado en Vitoria como el primer título que justifica el dominio de los españoles sobre América, pero no el único. El mismo viene acompañado de un segundo título, de carácter religioso, el *ius praedicandi et annunciandi* o derecho de evangelización para la conversión a la fe cristiana, que en la visión de Vitoria ya no está basado en la doctrina de los bienes comunes ni en el principio de *naturalis societatis et communicationis*, sino tiene una fundamentación completamente distinta que radica en el derecho divino positivo y en principios de fraternidad y corrección fraterna. Considerando la evangelización no sólo como un derecho sino también como una obligación, va a tener este derecho, al igual que el primer título, un carácter imperativo, por ser exigible aún en contra de la voluntad de los amerindios y comparte además las consecuencias de éste, es decir, su impedimento u obstrucción injustificada equivale a una *iniuria*, la que es causa justa de un derecho de intervención religiosa<sup>72</sup> por parte de los españoles, que puede llegar al nivel de la guerra justa. Con este segundo título, Vitoria cierra el círculo de títulos absolutos y correctos; calidad que no la tienen los demás cinco títulos que les siguen. Éstos a su vez, tienen importancia en Vitoria en cuanto sirven a estos dos primeros títulos, como lo hacen los títulos religiosos tercero, cuarto y sexto, o por otras consideraciones de derecho natural, *ius gentium* y éticas, que resultan ser de importancia no menor para el derecho internacional público moderno por incluir algunas figuras jurídicas modernas.

<sup>71</sup> Deckers nota en varios lugares de la tercera parte (títulos legítimos) contradicciones con la teoría del origen del dominio, DECKERS, D., *op. cit.* (n. 24), pp. 238ss.

<sup>72</sup> Vitoria no emplea la palabra “intervención” por ser éste un término moderno.

Así, los títulos tercero y cuarto contienen derechos de intervención religiosa como el de intervención en favor de amerindios conversos o cristianizados para impedir su retorno a la idolatría y el derecho de intervención del Pontífice para sustituir príncipes infieles por cristianos sobre amerindios cristianizados, para los fines de conservación del cristianismo; así como también el sexto título confiere un derecho a los amerindios cristianizados de elegir a príncipes cristianos cuando constituyen la mayoría de la población, a lo que llamó el mismo Vitoria “verdadera y libre elección”. El quinto, séptimo y octavo título descansan en consideraciones del derecho natural, del *ius gentium* y éticas. El quinto título es un derecho de *intervención de humanidad y guerra justa en defensa de terceros inocentes*, que corresponde a la denominación moderna de “intervención humanitaria” y “responsabilidad de proteger”<sup>73</sup>; en el séptimo título se encuentra un *derecho de intervención de los españoles en defensa de terceros aliados* y pueblos amigos de los españoles que libran guerra justa con otros pueblos amerindios o *guerra justa en defensa de aliados*, que corresponde a la figura de la defensa colectiva; y en el octavo título menciona un *derecho de tutela* de los españoles debido a la incapacidad de los amerindios de gobernarse a si mismos, conocida modernamente como doctrina paternalista<sup>74</sup> que ha sido reavivada a finales del siglo XX y comienzos del siglo XXI en proyectos modernos de gobernabilidad mundial como el de la “construcción del Estado” y/o consolidación de la paz de la ONU.

## VII. APORTES DE LA DOCTRINA DE LOS BIENES COMUNES DE VITORIA AL DERECHO INTERNACIONAL

Antes de revisar los aportes de la doctrina de los bienes comunes al derecho internacional público postcolonial, no está demás decir que la *Relectio de indis* no sólo es un trabajo que revela gran conocimiento y destreza intelectuales

<sup>73</sup> La intervención se entiende en favor de amerindios víctimas de leyes o costumbres que ordenan sacrificios humanos o ritos de antropofagia considerados como pecado contra la naturaleza y una forma de tiranía u opresión aún participando el mismo pueblo y las víctimas; defendida casi unánimemente por conquistadores, el Estado, clérigos y académicos españoles. En Vitoria este título es cierto pero no relevante como los dos primeros títulos.

<sup>74</sup> Sobre esta cuestión desde la perspectiva iusfilosófica *vid.* GARZÓN VALDÉS, E., “¿Es éticamente justificable el paternalismo jurídico?”, *Doxa*, n° 5 (1988); el mismo, “Intervencionismo y paternalismo”, *Revista latinoamericana de filosofía* (1990); PÉREZ LUÑO, A-E., *La polémica sobre el Nevo Mundo. Los clásicos españoles de la Filosofía del Derecho*, Trotta, Madrid, 1992, pp. 79ss.

del dominico en la cuestión del dominio y en el derecho natural y derecho de gentes que lo sustentan, sino también muestra ser una creación bien deliberada, no existiendo en ella, ni menos entre los títulos legítimos e ilegítimos significativas contradicciones, si es leída en clave de dominio. Aunque escrita en un lenguaje y forma de difícil acceso incluso para el lector académico, esta relección representa el primer tratado extenso sobre la ética de las relaciones económico-políticas y jurídicas entre dos tipos de pueblos, los españoles cristianos y los pueblos nativos de América, en una situación problemática de oposición de intereses sobre la base de una desigualdad o asimetría fáctica, en las que están en juego cuestiones del dominio sobre los propios territorios, recursos y soberanía de éstos últimos. Este situación sigue perenne en las relaciones internacionales del presente aún después de la abolición formal del colonialismo<sup>75</sup>.

El principio de *naturalis societatis et communicationis*, regido por un *ius gentium natural* romano en el sentido concebido por Gayo o “*ius inter gentes*” de derecho natural, está fundamentado en la doctrina de los bienes comunes, que constituye a la vez el origen del derecho de dominio español sobre el Nuevo Mundo; de allí que los derechos y libertades que se le derivan, cuales son el *ius peregrinandi et degendi*, el *ius negotiandi* y el derecho de comunicación y participación de bienes comunes, sirven a los fines de realización de este principio. Pero en esto no queda la construcción teórica vitoriana del dominio en el Nuevo Mundo. Para garantizar la realización de este principio matriz, Vitoria no sólo robustece estos derechos y libertades con su carácter imperativo y absoluto sino, sobre todo, éstos están respaldados fuerte y decisivamente por el *ius gentium positivo* o humano y en especial, por la institución jurídica de la ocupación, que salta a la luz sólo después de un examen más minucioso de este título.

La ocupación en Vitoria es una forma originaria de adquisición del dominio privado y público que no sólo se restringe a las *res nullius* sino también a las *res hostiles* como producto de la victoria en una guerra justa. La misma es una institución del derecho de gentes positivo, a través de la cual se ha ido haciendo efectiva la adquisición del dominio español sobre el Nuevo Mundo;

---

<sup>75</sup> Sobre el papel del colonialismo en el derecho internacional moderno *vid.* ANGHIE, A., *Imperialism, Sovereignty and the Making of International Law*, Cambridge University Press, 2007, pp. 12, 117.



y ciertamente ella, como parte del derecho internacional público positivo, era en el siglo XVI la única forma jurídica palpable de adquisición originaria del dominio, como también lo sigue siendo hasta el presente siglo XXI, con la reserva de que ahora se la entiende en sentido más restringido, es decir, sólo referente a las *res nullius*. En el lenguaje de la teoría del dominio se puede entender mejor su dimensión: del dominio común hay también en Vitoria un paso fluido a la propiedad privada que tiene como institución central a la ocupación o posesión física, la que primero se da sobre tierras no habitadas, es seguida de la conquista de territorios ya habitados en guerra, y después es sustituida por las demás formas derivadas de adquisición como el contrato, trueque, etc.<sup>76</sup>. Entonces, puede decirse que la ocupación es importante en Vitoria en cuanto garantiza el paso conforme de los bienes comunes al orden de propiedad privada, así como la debida apropiación de *res nullius* y *res hostiles*. Es por último en la conjugación de los bienes comunes y de la ocupación donde está la clave del dominio español en el Nuevo Mundo de acuerdo a este primer título vitoriano de dominio.

Además de la doctrina de los bienes comunes y la ocupación, resaltan también otros elementos del principio de *naturalis societatis et communicationis* como el principio de la igualdad iusnatural de los hombres y de los pueblos, los principios ciceronianos de amistad y solidaridad entre los pueblos y del bien común del orbe; así como también se encuentran los gérmenes de las instituciones iusinternacionales modernas de la intervención, la defensa colectiva y seguridad colectiva, el principio de proporcionalidad y la doctrina de las normas imperativas de *ius gentium* o *ius cogens*.

Sin embargo, el principio matriz de *naturalis societatis et communicationis* no fue retomado por la doctrina iusinternacional contemporánea ni posterior, debido principalmente a su construcción intrincada, enigmática, ecléctica, y a los escasos datos sobre sus fuentes directas. De las pocas referencias que se conocen de él en los años y siglos posteriores, casi todas interpretan libremente este título y sólo lo entienden en sus derechos de *ius peregrinandi et degendi* y *ius negotiandi*<sup>77</sup>, obviando completamente la doctrina de los bienes comunes. Sólo se conoce una recepción de él en el término “comunicación” del jesuita

<sup>76</sup> Sucesión del dominio ya divisada por Cicerón, cfr. BROCKER, M., *Arbeit...*, op. cit. (n. 8), pp. 30s.

<sup>77</sup> Las que hasta el siglo XIX fueron en su mayoría críticas, como las de Las Casas, Luis de Molina, Diego de Covarrubias, Pufendorf, Zouch, Wolf y Emerig de Vattel.

José de Acosta (1540.1660)<sup>78</sup>, quien igualmente lo empleó de forma libre y para fines de sus estudios empíricos. En el siglo XX este principio llega a ser reivindicado y difundido abundantemente por los comentadores de Vitoria, provenientes en una buena mayoría del campo filosófico, iusfilosófico y iusinternacional, pero igualmente basados en una interpretación que tampoco hace referencia al tema de los bienes comunes.

Puesto que la doctrina de los bienes comunes como verdadero fundamento del principio de *naturalis societatis et communicationis* ha permanecido “sin descubrir” en los comentadores de Vitoria, no ha sido tampoco posible establecer conexión alguna entre ésta y la idea moderna de los bienes comunes. Es por ello que en los debates actuales sobre los bienes comunes, reavivados gracias al renacimiento de bienes comunes modernos, a las investigaciones sobre ellos y a la existencia del régimen iusinternacional del “patrimonio común de la humanidad” se hacen referencias a Aristóteles, al derecho romano, e incluso a Hugo Grocio, sin mencionar a Vitoria quien en realidad es su exponente más vasto y creativo, independientemente de los problemas éticos que trae consigo su aplicación a las relaciones entre españoles y habitantes del Nuevo Mundo. Su doctrina de los bienes comunes es tan actual como relevante en los debates actuales y futuros de bienes comunes porque en éstos se presentó y presenta aún el problema fundamental de que terminan conduciendo a la división o propiedad privada<sup>79</sup>. En nuestros tiempos, un régimen de bienes comunes puede volcarse fácilmente en uno de propiedad privada si permite o tolera alguna vía de apropiación. Actualmente no se trata tanto de apropiación directa o toma de nuevos territorios, sino más que todo, de la apropiación de vastos recursos naturales de bienes declarados “patrimonio común de la humanidad”; debates que se suscitarán a raíz de la intensificación de las exploraciones en los Fondos Marinos y Espacio Ultraterrestre y del descubrimiento de nuevas formas de su explotación económica con fines de lucro individual. Se trató en el siglo XVI y se trata en el siglo XXI de recursos de suma importancia vital y económica para el desarrollo de los pueblos, como

<sup>78</sup> Cfr. PAGDEN, A., *The Fall of Natural Man: the American Indian and the origins of comparative anthropology*, Cambridge University Press, London 1986, pp. 159ss.

<sup>79</sup> Los problemas que trae consigo el *common* global clima tienen que ver más que todo con su manejo o trato por el hombre ya que aún no es posible su ocupación o apropiación privada. Problema más acuciante es su creciente deterioro incluyendo sus efectos negativos en la diversidad biológica del Planeta.

lo reconoció el propio Vitoria en su tiempo frente a los recursos minerales del Nuevo Mundo, resultando ser una constante entre los pueblos de la Tierra la fuerte pugna sobre ellos que llega a la guerra cuando es preciso asegurar su abastecimiento individual.

En el ámbito político, el principio de *naturalis societatis et communicationis* con los derechos que se le derivan cumple la función de reemplazar el requerimiento por una gama de amplios derechos y libertades que llegan a la intervención. Los efectos políticos más importantes fueron la cimentación de la política colonial española en América y del *status quo* de la conquista, lo que a su vez repercute en la preservación del colonialismo y marca el comienzo del colonialismo como institución permanente del *ius gentium*, y de su sucesor, el derecho internacional público.

## VIII. CONCLUSIÓN

El principio de *naturalis societatis et communicationis* está fundamentado en la doctrina de los bienes comunes que está encrustada en la teoría del dominio y es el resultado de una amalgama de diferentes componentes provenientes de los aportes del derecho romano y de teorías del dominio encarnadas principalmente en Cicerón, la doctrina social-ética del dominio común iusnatural y la teoría del dominio de Konrad Summenhart (Conrado). Del derecho romano se sirve de la institución jurídica del dominio con sus formas de adquisición y pérdida. De Cicerón confluye la idea de la “*communitatis et societatis humanae*” con su mensaje universal del compartimiento de bienes comunes y los principios de sociabilidad y amistad. De la doctrina social-ética del dominio común iusnatural, representada por Huguccio, tomó la doctrina de comunicar y compartir los bienes con otros cuando se hallan en necesidad. Y por último, de la teoría del dominio de Konrad Summenhart (Conrado) empleó su noción ampliada y subjetiva de dominio. Algunas de estas fuentes, como la doctrina social-ética del dominio común iusnatural fueron empleadas de forma modificada para adaptarlas a la situación especial del Nuevo Mundo<sup>80</sup>.

---

<sup>80</sup> Los decretistas sólo comprendían un deber *moral* de comunicar y compartir los bienes con otros cuando se hallan en necesidad.

En el principio de *naturalis societatis et communicationis* se encuentran confluendo pues, los dos elementos esenciales de la teoría del domino: la doctrina de los bienes comunes regida por el derecho natural, y la *divisio rerum* o división con la ocupación que está regido a su vez por el derecho humano, y más exactamente por el *ius gentium positivo*. De acuerdo a este principio, los españoles llegan al disfrute de los bienes comunes del Nuevo Mundo que no otorgan propiedad en si, pero que van a conducir a ésta mediante ocupación. Entonces, de la idea de los bienes comunes depende el dominio español sobre el Nuevo Mundo.

Al haberse servido de la ocupación como institución del derecho de gentes positivo y elemento vital del principio de *naturalis societatis et communicationis*, que sucede al régimen de bienes comunes y abre paso al dominio español sobre el Nuevo Mundo, no sólo en cuanto a sus tierras y recursos naturales, sino en cuanto al dominio sobre los hombres o soberanía sobre ellos, se comprueba aquí que Vitoria se valió del *ius gentium positivo* para cimentar este nuevo orden en la realidad del encuentro español con el hombre americano. Quizás sea el empleo de la institución jurídica de la ocupación el aporte más significativo de Vitoria para el derecho internacional postcolonial por ser paradigmático en las relaciones entre pueblos que están obligados a relacionarse de alguna manera aún siendo notoria sus diferencias en el grado de progreso técnico y cultural y frente a la situación de ventaja y desventaja en la que se encuentran el uno a otro.

No sería honesto relativizar la importancia de Vitoria como fundador del derecho internacional por el solo hecho de haberse valido en su análisis del justo título en el Nuevo Mundo principalmente de fuentes tradicionales del dominio, del derecho natural y del derecho de gentes. Ello no sucede si se reconoce su obra teórica como un trabajo arduo que ha exigido un conocimiento vasto de la ética, el derecho, la política y teología para llegar al empleo de elementos de las más diversas fuentes y poder armonizarlos cada uno para construir su propia teoría del dominio aplicable a la relación entre el español y el hombre americano. Precisamente aquí se muestra su vasto conocimiento y creatividad. Sin lugar a dudas es en su teoría del dominio donde lucen los dones intelectuales del dominico, y sólo sobre la base de ella se debe valorar la *Relectio de Indis*. Finalmente se puede decir, que a través del dominio Vitoria no sólo pudo valerse del derecho de gentes natural, sino, y aún más importante, del derecho de gentes positivo, del cual se origina y desarrolla el derecho internacional público positivo de la Modernidad o derecho internacional público postcolonial.

## BIBLIOGRAFÍA

- ANGHIE, A., *Imperialism, Sovereignty and the Making of International Law*, Cambridge University Press, 2007.
- AÑAÑOS MEZA, M.C., “El título de ‘sociedad y comunicación natural de Francisco de Vitoria’. Tras las huellas de su concepto a la luz de la teoría del Dominio”, *Anuario Mexicano de Derecho Internacional*, vol. XII (2012), pp. 525-596.
- ARISTÓTELES, *Política*.
- BASLAR, K., *The Concept of Common Heritage of Mankind in International Law*, Martinus Nijhoff Publishers, The Hague 1998.
- BÖCKENFÖRDE, E.-W., *Geschichte der Rechts- und Staatsphilosophie, Antike und Mittelalter*, Siebeck UTB, Tübingen 2006.
- BROCKER, M., *Arbeit und Eigentum, Der Paradigmenwechsel in der neuzeitlichen Eigentumstheorie*, Wiss. Buchges., Darmstadt 1992.
- BRUFAT PRATS, J., “La noción analógica del *dominium* en Santo Tomás, Francisco de Vitoria y Dominico de Soto”, en Brufat Prats, J., *La Escuela de Salamanca ante el descubrimiento del Nuevo Mundo*, Ed. San Esteban, Salamanca 1988.
- CICERÓN, M. T., *Los oficios*, trad. M. de Valbuena, Imprenta Real, Madrid, 1788.
- *De legibus*, ed. bilingüe por A. d’Ors, IEP, Madrid 1953.
- COCCA, A.A., *Consolidación del Derecho Espacial*, Astrea, Buenos Aires, 1971.
- DECKERS, D., *Gerechtigkeit und Recht. Eine historisch-kritische Untersuchung der Gerechtigkeitslehre des Francisco de Vitoria (1483-1546)*, Univ.-Verl. Freiburg Schweiz, 1991.
- “Barbaren, Menschenwürde und Völkerrecht: Francisco de Vitorias *Relectio de Indis recenter inventis*”, *Periplus: Jahrbuch für Außereuropäische Geschichte*, Münster; Hamburg, Jg. 2 (1992), pp. 1-14.
- FOLGADO, A., *Evolución histórica del concepto de derecho subjetivo. Estudio especial en los teólogos-juristas españoles del siglo XVI*, San Lorenzo de El Escorial 1960.
- GARCÍA GARRIDO, M., “Res communes”, *Diccionario de Jurisprudencia Romana*, Dykinson, Madrid 2000.
- GARZÓN VALDÉS, E., “¿Es éticamente justificable el paternalismo jurídico”, *Doxa*, nº 5 (1988).
- “Intervencionismo y paternalismo”, *Revista latinoamericana de filosofía* (1990).
- GOTI ORDEÑANA, J., *Del tratado de Tordesillas a la doctrina de los derechos fundamentales en Francisco de Vitoria*, Universidad de Valladolid, Valladolid 1999.
- GROSSI, P., “La proprietà nel sistema della seconda scolastica”, *La seconda scolastica nella formazione del diritto privato moderno*. Incontro di studio Firenze 16-19 ottobre 1972, Milano 1973, pp. 117-222.
- HELFRICH, S. et al., *Gemeingüter – Wohlstand durch Teilen*, Fundación Heinrich Böll, Berlin 2009.

- HERNÁNDEZ MARTÍN, R., *Derechos humanos en Francisco de Vitoria*, ed. San Esteban, Salamanca, 1984.
- HÖVER, G., Solidarität und Entwicklung, en HUNOLD *et al.* (ed.), *Die Welt für Morgen*, Kösel-Verlag, München 1986, pp. 142-154.
- KASER, M., *Ius Gentium*, Böhlau Verlag Köln, 1993.
- KISS, A., “The Common Heritage of Mankind: Utopia or Reality?”, *International Journal*, 40 (1985), pp. 423-441.
- MIAJA DE LA MUELA, A., “El derecho *totius orbis* en el pensamiento de Francisco de Vitoria”, *Revista Española de Derecho Internacional*, XVIII (1965), pp. 341-364.
- OSTROM, E., *El gobierno de los bienes comunes. La evolución de las Instituciones de acción colectiva*, Fondo de Cultura Económica, México 2000.
- OTTE, G., *Das Privatrecht bei Francisco de Vitoria*, Böhlau Verlag, Köln 1964.
- PAGDEN, A., *The Fall of Natural Man: the American Indian and the origins of comparative anthropology*, Cambridge University Press, London 1983.
- PEREÑA VICENTE, L., *La Idea de la justicia en la conquista de América*, MAPFRE, Madrid 1992.
- PÉREZ LUÑO, A-E., *La polémica sobre el Nuevo Mundo. Los clásicos españoles de la Filosofía del Derecho*, Trotta, Madrid, 1992.
- PLATÓN, *La república*.
- PREISER, W., *Macht und Norm in der Völkerrechtsgeschichte*, Nomos, Baden-Baden 1978.
- REIBSTEIN, E., *Johannes Althusius als Forsetzer der Schule von Salamanca*, C.F. Müller, Karlsruhe, 1955.
- SEELMANN, K., “Die Denkfigur des ‘subjektiven Rechts’ in der spanischen Spätscholastik”, en MATE, R. y NIEWÖHNER, F., *Spaniens Beitrag zum politischen Denken in Europa um 1600*, Harrassowitz Verlag, Wiesbaden, 1994, pp. 141-151.
- *Die Lehre des Fernando Vazquez de Menchaca vom Dominium*, Carl Heymanns Verlag KG, Köln, 1979.
- SODER, J., “Die Idee der Völkergemeinschaft. F. de Vitoria und die philosophischen Grundlagen des völkerrechts”, *Völkerrecht und Politik*, t. 4 (1955), pp. 1-143.
- STARCK, Chr., “Menschenrechte -aus den Büchern in die Verfassungen”, Nolte, G. y Schreiber, H.-L. (eds.), *Der Mensch und seine Rechte*, Wallstein, Göttingen 2004, pp. 9-27.
- URDÁNOZ, T., “Síntesis teológico-jurídica de la doctrina de Vitoria”, en VITORIA, F. DE, *Relectio de Indis* CSIC-CHP, Madrid, 1967.
- *Obras de Francisco de Vitoria. Relecciones teológicas*, BAC, Madrid, 1960.
- VITORIA, F. DE, *De Iustitia*, ed. V. Beltrán de Heredia, Asociación F. de Vitoria, t. I, Madrid, 1934.
- *Relectio de Indis*, Edición crítica bilingüe por L. Pereña y J.M. Pérez Préndes, CHP-CSIC, Madrid 1967.

- VOGGENSPERGER, R., *Der Begriff des 'ius naturale' im Römischen Recht*, Helbing & Lichtenhahn, Basel, 1952.
- WEIGAND, R., *Die Naturrechtslehre der Legisten und Dekretisten von Irnerius bis Accursius und von Gratian bis Johannes Teutonicus*, Max Hueber Verlag, München, 1967.
- WILLOWEIT, D., "Dominium und proprietas – Zur Entwicklung des Eigentumsbegriffs in der mittelalterlichen und neuzeitlichen Rechtswissenschaft", *Historisches Jahrbuch der Görres-Gesellschaft* (1974).
- WOLFRUM, R., "Common Heritage of Mankind", *Max Planck Encyclopedia of Public International Law*, Oxford University Press, 2012, pp. 452-458.





---

# La justificación racional de los derechos humanos en los redactores de la Declaración Universal de los Derechos Humanos

*The argument about the rational justification of human rights argument from the drafters of the Universal Declaration of Human Rights*

RECIBIDO: 2013-01-12 / ACEPTADO: 2013-04-23

---

**Pedro PALLARES YABUR**

Universidad Panamericana (México)

Universidad de Navarra (España)

[ppallare@up.edu.mx](mailto:ppallare@up.edu.mx)

**Resumen:** Suele pensarse que la falta de acuerdo en los 'por qué' de los derechos humanos, llevó a los redactores de la Declaración Universal de 1948, a evitar cualquier intento de justificación racional de los derechos humanos o al menos prescindir de afirmaciones de tipo metafísico. Este trabajo intenta mostrar cómo es que los redactores de la Declaración construyeron un argumento cerrado pero incompleto de justificación racional de los derechos humanos, al articular una descripción de un 'ser', que es posible 'conocer' del que se sigue un 'deber'. El acuerdo práctico al que llegaron los redactores sólo es posible si se afirman unas verdades metafísicas mínimas.

**Palabras clave:** Derechos Humanos; Fundamentación; Metafísica; Ética; Declaración Universal; Inherente; Inalienable; Dignidad; Razón; Conciencia; Deberes; Charles Malik; Peng Chun Chang; René Cassin; Eleanor Roosevelt; Jacques Maritain.

**Sumario:** I. Introducción. II. La justificación racional de los derechos humanos en los redactores de la DUDH. II.1. La descripción del 'ser'. II.2. Tránsito por el 'conocer'. II.3. La conexión normativa 'deber'. III. ¿La falta de acuerdos en el 'por qué' significa un 'vacío metafísico'? IV. Conclusión.

**Abstract:** Is often thought that the lack of agreement about the 'why' of human rights, led the drafters of the Universal Declaration in 1948, to avoid any attempt to establish any kind of metaphysical claims about human rights. This paper shows how the drafters of the Declaration built a complete but unfinished argument about the foundation or about the rational justification of human rights. They have articulated a description of a real 'being', which is possible 'to know', that justifies a 'duty'. The practical agreement reached by the drafters is only possible, if they state minimum metaphysical truths, admit a practical knowledge, and sustain deontic commitments.

**Key words:** Human Rights; Rational justification; Metaphysics; Ethics; Universal Declaration of Human Rights; Inherent; Dignity; Reason; Conscience; Duties; Charles Malik; Peng Chun Chang; René Cassin; Eleanor Roosevelt; Jacques Maritain.

**Summary:** I. Introduction. II. The rational justification for human rights in the drafters of the UDHR. II.1. The description of 'being'. II.2. Transit through the 'know'. II.3. The normative connection rules 'must'. III. Does the lack of agreement on the 'why' means an 'empty metaphysical'? IV. Conclusion.

## I. INTRODUCCIÓN

Es conocida la anécdota de Maritain: “Cuéntase que en una de las reuniones de una Comisión nacional de la UNESCO, en que se discutía acerca de los derechos del hombre, alguien se admiraba de que se mostraran de acuerdo, sobre la formulación de una lista de derechos, tales y tales paladines de

ideologías frenéticamente contrarias. En efecto, dijeron ellos, estamos de acuerdo tocante a estos derechos, pero con la condición de que no se nos pregunte el porqué. En el ‘porqué’ es donde empieza la disputa”<sup>1</sup>.

Los miembros de la Comisión de Derechos Humanos de las Naciones Unidas (CDH)<sup>2</sup>, redactores de la Declaración Universal de Derechos Humanos (DUDH)<sup>3</sup> sabían que pertenecían a distintas culturas y escuelas de pensamiento y parcialmente siguieron el consejo de Maritain: lograr un acuerdo “no sobre la base de un pensamiento especulativo común, pero sí sobre la comunidad de un pensamiento práctico”<sup>4</sup>.

¿Esto implica que los redactores abandonaron todo intento de justificación racional de los Derechos Humanos? Al menos para escribir una Declaración de *derechos humanos* debían compartir unos presupuestos teóricos mínimos. A saber, primero, la existencia de un modo de ser humano que se reconoce como el sustento y núcleo indisponible, no negociable, de un valor radical y absoluto llamado dignidad. Segundo, que este “*ser-persona-mostrando-su-dignidad*” puede traducirse al lenguaje de los derechos y se expresa en el término “derechos humanos”. Tercero, como ese carácter digno sólo sucede en la historia y en el contexto de una comunidad, el respeto y realización de los

<sup>1</sup> MARITAIN, J., “Introducción”, *Los Derechos del Hombre. Estudios y Comentarios en Torno a la Nueva Declaración Universal* [Human Rights. Comments and Interpretations], ed. UNESCO, trad. E. Imaz, Fondo de Cultura Económica, México, 1949, p. 15.

<sup>2</sup> En 2006 esta Comisión fue disuelta y sus funciones pasaron a formar parte del Consejo de Derechos Humanos.

<sup>3</sup> Los trabajos formales de redacción de la DUDH comenzaron en abril de 1946 y terminaron en diciembre de 1948. Para efectos de este trabajo, tomaremos los borradores aprobados como las etapas de redacción del documento: 1. Borrador de John Humphrey (E/CN.4/21, Anexo A) de abril de 1947. 2. Borrador de René Cassin (E/CN.4/21, Anexo D), junio de 1947. 3. Borrador del Comité Redactor (E/CN.4/21, Anexo F), julio de 1947, aprobado durante la primera sesión de dicho Comité, en adelante “ICR”. 4. Borrador de Ginebra (E/600, Anexo A), diciembre de 1947, aprobado durante la segunda sesión de la Comisión de Derechos Humanos (en adelante “HCDH”). 5. Borrador de Lake Success (E/800, anexo A), junio de 1948, aprobado en la tercera sesión de la Comisión de Derechos Humanos, en adelante “HICDH”. 6. Borrador aprobado el 7 de diciembre de 1948 en la tercera sesión de la Tercera Comisión de la Asamblea General (A/777, A), en adelante “3AGTC”. 7. Texto definitivo Declaración Universal de Derechos Humanos aprobada el 10 de diciembre de 1948, durante la tercera sesión del pleno de la Asamblea General (en adelante “3AGP”). Los borradores y reportes de las sesiones pueden consultarse en la web <<http://www.un.org/Depts/dhl/udhr/>> [20.12.2012] patrocinada por la *Un Dag Hammarskjöld Library* y la *Library of the UN Office at Geneva*. Si no se dice otra cosa, las traducciones al español son propias.

<sup>4</sup> *Ibid.*, p. 16.

derechos humanos es deseable, posible y necesario para la vida social. Cuarto, sostener estas tres conclusiones permite a los derechos humanos condicionar la acción del Estado y la ley<sup>5</sup>. A partir de estas cuatro afirmaciones teóricas implícitas y compartidas, los redactores afirmaron treinta y ocho “párrafos” que sintetizan una “concepción común” respecto a “algo-digno” que exige ser tratado de determinada manera.

De entre todas las afirmaciones de la DUDH, ¿es posible encontrar un intento de justificación racional sobre los derechos proclamados en ella? Para responder esta pregunta advertimos al lector de cuatro presupuestos que ayudarán a contextualizar el argumento. *Primero*, la Declaración pretende ser ‘Universal’, de forma que no se trata aquí de *asignar* a una tradición filosófica la explicación *propia, original, adecuada y definitiva* de la Declaración. Los redactores eran conscientes de que a cada tradición y cultura le correspondía el trabajo de justificación racional y de fundamentación de los derechos humanos.

*Segundo*, la explicación que ofreceremos no es histórica en el sentido de *anecdótica*: se trata de acercarse a los problemas conceptuales a los que se enfrentaron y del intercambio de ideas sobre las que construyeron sus respuestas. Nos interesa la construcción del argumento comprendido desde su contexto<sup>6</sup>.

*Tercero*, no esperamos resolver el debate sobre si ‘justificar racionalmente’ significa lo mismo que ‘fundamentar’<sup>7</sup>. Sólo es necesario presuponer dos cosas. Primero, la existencia de una realidad cognoscible-razonable –un “*algo-ahí-inteligible*”– que cimente el discurso. Sin este dato ‘real’, los derechos humanos serían tan creíbles y demostrables como “el mito de la diosa Venus, una mujer de carne y hueso que nació de la espuma del mar”<sup>8</sup>. Sin ese dato ‘real’ sobre el que se sostengan los derechos humanos, podría defender una ilusión óptica, un modelo deseable presentado con rigor lógico y exuberancia retórica... pero irreal. Y segundo, junto a este referente real todo intento de justifi-

<sup>5</sup> Un estudio crítico sobre el proceso de redacción puede verse en SAMNØY, Å., *Human Rights as International Consensus. the Making of the Universal Declaration of Human Rights, 1945-1948*, Chr. Michelsen Institute, Bergen Norway, [1993].

<sup>6</sup> Sobre los alcances de este método cfr. POCKOCK, J.G.A., *Pensamiento político e historia: ensayos sobre teoría y método*, trad. S. Chaparro Martínez, Akal, Madrid, 2011, pp. 19-47.

<sup>7</sup> Para una introducción a este problema cfr. KAUFMANN, A., “La universalidad de los derechos humanos. Un ensayo de fundamentación”, en *Persona y Derecho*, vol. 38 (1998), pp. 11-34.

<sup>8</sup> CARPINTERO BENÍTEZ, F., “Los constructos racionales en la reflexión sobre la justicia (primera parte)”, en *Dikaioσύνη*, vol. 23 (2009), pp. 25-65, 48.

cación necesita de ser ‘cognoscible’, ‘inteligible’ y ‘razonable’ para la persona. Sin esta segunda exigencia, seríamos incapaces de situarnos ante la realidad, careceríamos de un lenguaje para referirnos a ella y perdería sentido cualquier intento de argumentación<sup>9</sup>.

Y *cuarto* presupuesto, a pesar de que intentaremos mostrar el argumento de justificación racional de los derechos humanos que se encuentra en la DUDH, dejaremos para otra ocasión su análisis crítico del argumento. Aquí sólo lo ‘mostraremos’, no lo justificaremos, ni probaremos su coherencia interna.

## II. LA JUSTIFICACIÓN RACIONAL DE LOS DERECHOS HUMANOS DE LOS REDACTORES DE LA DUDH

El artículo 1 de la Declaración Universal de Derechos Humanos (DUDH) afirma: “Todos los seres humanos nacen libres e iguales en dignidad y derechos y, dotados como están de razón y conciencia, deben comportarse fraternalmente los unos con los otros”. La fórmula se construye a partir de tres secciones interrelacionadas entre sí: (i) la descripción de un *hecho* (‘nacen’, ‘libres’, ‘iguales’, ‘dignidad’); (ii) el reconocimiento de un *deber* (fraternidad) vinculado a esos derechos; y (iii) una conexión gnoseológica entre las dos (‘razón y conciencia’).

### II.1. *Lo que no se dijo sobre el ‘ser’: la eliminación de ‘Dios’ y de ‘por naturaleza’*

Los redactores buscaban que la Declaración enraizaran los derechos humanos en el modo de ‘*ser*’ humano del que se desprenden unos ‘derechos’ y unos compromisos o ‘deberes’. ¿Cómo expresarlo de forma precisa pero al mismo tiempo, clara y comprensible para cualquier persona de toda cultura<sup>10</sup>?

<sup>9</sup> El profesor Massini explica que para que el derecho no termine en el nihilismo del mero poder es necesario ofrecer (i) un criterio que haga razonable el convencimiento ético de los destinatarios, y no sólo justificado en la fuerza o la amenaza; (ii) una instancia de apelación valorativa de los dictámenes jurídicos, más allá de los datos, de la frecuencia empírica, o del poder para calificarlos de justos o injustos; y (iii) un *subjectum* en el que inhieran autónomamente esos criterios, es decir, un ente sustantivo que sostenga su existencia. MASSINI CORREAS, C.I., *La ley natural y su interpretación contemporánea*, Eunsa, Pamplona, 2006, pp. 111-112.

<sup>10</sup> Cfr. E/CN.4/SR.50/8, E/CN.4/AC.1/SR.35/2, E/CN.4/AC.1/SR.50/7, E/CN.4/SR.41/9, 3AGTC, 104ª sesión, p. 162.

En algunos borradores de la Declaración se mantuvo la expresión ‘por naturaleza’ en el artículo 1 para referirse a esa forma de ser. La fórmula se incorporó al borrador durante la IICDH a través de una propuesta conjunta de los delegados René Cassin (Francia) y Carlos P. Rómulo (Filipinas)<sup>11</sup>. Rómulo afirmaría después que “había introducido esta frase [‘por naturaleza’] y que la había concebido como una referencia a la teoría cristiana [tomista] de la ley natural”<sup>12</sup>. La fórmula no sobrevivió en la versión definitiva por dos motivos: primero, los delegados entendieron cosas distintas del concepto ‘por naturaleza’. Y segundo, como parte de una negociación para eliminar la referencia a ‘Dios’, propuesta para resolver esa confusión.

Desde la inclusión de la fórmula ‘por naturaleza’ los delegados debatieron sobre el sentido con el que debía entenderse esa expresión. ¿En *sentido tomista* como tendencias naturales descubiertas a través de una razón práctica, expresión de una *naturaleza* teleológica referida a un creador providente? ¿En *clave ilustrada* como exigencia lógica-geométrica descubierta por la razón científica, de una naturaleza ya terminada, expresión de una mónada individual, diseñada por un dios artífice mecánico del universo? ¿O en *sentido materialista*, como expresión de la ley del más fuerte, de tipo mecánico y sólo biológica?

Las discusiones de los delegados muestran que cada uno comprendía distinto lo que significaba la expresión ‘por naturaleza’. Charles Malik (Líbano) lo hacía en términos tomistas<sup>13</sup>. René Cassin (Francia)<sup>14</sup>, Peng Chung Chang (China)<sup>15</sup>, entre otros, lo hacían en clave Ilustrada. Tanto los delegados soviéticos<sup>16</sup> como Austregesilo De Athayde (Brasil), lo hacían en términos “biológicos”. De Athayde pensaba que la expresión ‘por naturaleza’ implicaba afirmar pura biología, opuesta a ‘por el espíritu’, de forma que para fundamentar los derechos humanos habría que referirse también a ‘Dios’<sup>17</sup>,

<sup>11</sup> “Todos los hombres nacen libres e iguales en dignidad y derechos. Dotados como están por naturaleza de razón y conciencia, deben comportarse como hermanos los unos con los otros”. Cfr. E/CN.4/57/5.

<sup>12</sup> MORSINK, J., *The Universal Declaration of Human Rights: origins, drafting, and intent*, University of Pennsylvania Press, Philadelphia, 1999, pp. 284-285.

<sup>13</sup> Cfr. MALIK, C.H., *The challenge of human rights: Charles Malik and the Universal Declaration*, H.C. Malik ed., Charles Malik Foundation, Oxford, 2000, pp. 23-24.

<sup>14</sup> 3AGTC, 180ª sesión, p. 865.

<sup>15</sup> 3AGTC, 96ª sesión, pp. 98 y 114.

<sup>16</sup> Cfr. E/CN.4/SR.34/5 y una afirmación similar en E/CN.4/AC.2/SR.9/22.

<sup>17</sup> Cfr. A/C.3/243.

como contrapeso a una mera ‘naturaleza’ y justificar así la existencia de los derechos humanos<sup>18</sup>.

La propuesta generó controversias entre los que la apoyaron con entusiasmo –como los delegados de Argentina y Bolivia<sup>19</sup>–, con los que preferían una fórmula sin referencias teológicas para lograr el apoyo de los agnósticos o ateos –como el delegado inglés<sup>20</sup>, soviético<sup>21</sup> o ecuatoriano<sup>22</sup>–. Para conseguir un acuerdo, se propuso eliminar ‘por naturaleza’<sup>23</sup> lo que tranquilizó al delegado brasileño, retirando su propuesta de incluir a ‘Dios’.

## II.2. *Lo que sí se dice sobre el ‘ser’: ‘intrínseca’, ‘nacen’, ‘dignidad’*

La Declaración incluye tres palabras que cumplen con la función de describir el ‘ahí-hay-algo-real’ que origina o causa los derechos humanos: ‘*inherent*’ o ‘intrínseca’ en el primer párrafo del Preámbulo<sup>24</sup>; ‘nacen’ y ‘dignidad’ en el artículo 1. ‘Intrínseca’ [*inherent*] fue introducida por Malik en el Preámbulo que preparó para el borrador de la IICDH<sup>25</sup>, quien retomó una propuesta René Cassin<sup>26</sup>. La fórmula reconoce que existen unos derechos ‘intrínsecos’ [*inherent*] e ‘inalienables’ de la persona sobre la que se construye “la libertad, la justicia y la paz”. La palabra ‘*inherent*’ había sido utilizada por la filosofía política Ilustrada para referirse a las exigencias que surgen de la persona misma y en el proceso de redacción queda claro que la palabra se incorporó desde fuentes de la filosofía Ilustrada<sup>27</sup>.

<sup>18</sup> 3AGTC, 165ª sesión, p. 766.

<sup>19</sup> Cfr. 3AGTC, 98ª sesión, p. 109, p. 112; Argentina y Bolivia respectivamente.

<sup>20</sup> Cfr. 3AGTC, 166ª sesión, p. 777.

<sup>21</sup> Cfr. 3AGTC, 98ª sesión, p. 111.

<sup>22</sup> Cfr. 3AGTC, 96ª sesión, p. 100.

<sup>23</sup> *Ibidem*.

<sup>24</sup> “Considerando que la libertad, la justicia y la paz en el mundo tienen por base el reconocimiento de la dignidad intrínseca y de los derechos iguales e inalienables de todos los miembros de la familia humana”.

<sup>25</sup> Cfr. E/CN.4/132.

<sup>26</sup> E/CN.4/21, Anexo D.

<sup>27</sup> Puede verse la opinión de Cassin (AC.1/SR.8/2 o en 3AGTC, 180ª sesión, p. 865). También puede verse la opinión de Chang (3AGTC, 127ª sesión, p. 397); una propuesta de la delegación egipcia (cfr. A/C.3/264); o el argumento de Eleanor Roosevelt, 3AGTC, 180ª sesión, p. 862; o de los delegados de Ecuador, Jorge Carrera-Andrade y la paquistaní Shaista Suhrawardy Ikramullah (3AGTC, 90ª sesión, p. 37.). En la sesión plenaria de la Asamblea General que aproba-

Los redactores solían acudir a la Ilustración como argumento de legitimación y para tomar unas de sus fórmulas. Los textos de derechos ilustrados del siglo XVIII y eran su ‘historia de éxito’ a imitar. Sin embargo, la Declaración no es un documento Ilustrado del mismo modo que sus antecesores. El ‘ser-persona’ de la Declaración Universal, como se verá más adelante, no hace referencia a un átomo de juridicidad –expresión de Francisco Carpintero– que reclama como punto de partida la no intervención de otros. No es el *sólo-individuo*, ni la mónada solitaria del *cogito ergo sum*. Malik solía decir que “Nunca han habido *Robinson Crusoes*”<sup>28</sup>. Para describir al ‘ser-humano’ de la Declaración, los redactores deliberadamente prefirieron utilizar la palabra ‘persona’ en lugar de ‘individuo’, de ‘comunidad’ en lugar de ‘sociedad’; describieron en el mismo nivel, los ‘derechos’ y los ‘deberes’, y equipararon los derechos civiles clásicos con los derechos sociales. Para los redactores el esquema ‘derechos-míos’ enfrentados a ‘deberes-tuyos’, no expresaba auténticamente las exigencias de la dignidad humana. La ‘persona’ en la DUDH no parte de una ‘pura autonomía’ como condición para la autorrealización de libertad.

‘Nacen’ también fue utilizada para expresar esa forma de ‘ser’ que justifica los derechos humanos. La palabra generó debate sobre cuándo iniciaría la vida humana, sobre el tipo de vida que se habría de considerar digna, incluso se propuso eliminarla. Pero en todas estas discusiones prevalecía la idea de afirmar de forma clara la existencia de un ‘ser’ humano real sobre el que se construye el argumento de los derechos humanos<sup>29</sup>. Todos ellos compartían la convicción de que en el ‘ser’ propio de los seres humanos inhiere unas exigencias éticas y jurídicas. El ‘nacen’ del artículo 1 podría ser substituido por ‘existen’.

Por último, también la palabra ‘dignidad’ se utilizó para describir un modo de ‘ser’, en este caso, con un valor incondicional y de carácter indisponible que define al ser-persona. Desde que John Humphrey presentó el primer borrador, el grupo redactor mostró su preocupación por la ausencia de fórmulas donde se reconocieran el carácter eminente de la persona a partir de su dignidad<sup>30</sup>. Eleanor Roosevelt (EE.UU) explicó en una ocasión que la

---

ría la Declaración Universal, las opiniones del chileno Hernán Santa Cruz (AG, 180ª sesión, p. 863), y del delegado polaco Juliusz Katz-Suchy (AG, 182ª sesión, p. 904).

<sup>28</sup> *Ibid.*, p. 29.

<sup>29</sup> Cfr. Las propuestas de los delegados de China (A/C.3/235), Líbano (A/C.3/226), Venezuela (3AGTC, 98ª sesión, p. 111) y México (3AGTC, 99ª sesión, p. 121).

<sup>30</sup> Cfr. E/CN.4/SR.7/4.

palabra ‘dignidad’, se había elegido “con la intención de enfatizar la dignidad inherente de todo ser humano”<sup>31</sup>.

La finalidad del artículo 1 era, precisamente, explicar por qué todo ser humano está dotado de un valor radical debido a su humanidad gracias a la cual es posible decir que goza de ‘derechos’. Y ese ‘por qué’ era una cualidad del ‘ser’, algo ‘real’. Por eso, aunque la referencia a ‘por naturaleza’ o ‘Dios’ no sobrevivieron en la versión final del artículo 1, sí lo hizo un modo de referirse a una realidad y a un modo de ser que justifica que al ser humano se le deba tratar de determinada manera por el valor absoluto de su ser digno. O se afirma esa realidad del ‘ser-digno’ o la Declaración carece de sentido como “ideal común”, del que habla la fórmula de Proclamación de la Declaración. Tan importante era esta afirmación, que debía permanecer en el cuerpo del documento, y no reducida a una afirmación del Preámbulo<sup>32</sup>.

De manera que, aunque los redactores evitaron argumentaciones metafísicas exhaustivas o tomas de postura fundamentales que redujeran la Declaración a una sola escuela filosófica, o a una discusión entre expertos –los desacuerdos en el ‘por qué’–, esto no quiere decir que sólo hubieran afirmado fórmulas vacías. Los redactores indicaron “por qué sucede que los seres humanos tienen lo que se identifica con ‘derechos inalienables’”<sup>33</sup>.

### II.3. *Tránsito por el ‘conocer’*

También el artículo 1 afirma que ese ser –‘algo-ahí-digno-real’– puede ser conocido en clave ética. Durante la revisión del artículo 1 del borrador de

<sup>31</sup> Cfr. 3AGTC, 98ª sesión, p. 110. En la formulación del resto del catálogo de derechos, la inherencia de los derechos humanos en el ser digno de la persona, constituye el punto de partida que justifica esos derechos; por ejemplo, el derecho a la no discriminación por ningún motivo (art. 2), el derecho a la personalidad jurídica y la prohibición implícita de los apátridas (art. 6), o como el tipo de vida que le corresponde al ser humano: las condiciones sociales, económicas y culturales de vida (art. 22), etc.

<sup>32</sup> Durante la 3AGTC hubo algunos delegados que propusieron ubicar esta fórmula en el Preámbulo del Documento, con el argumento de que no contiene derecho alguno, sólo afirmaciones de hechos y referencias éticas. Chang defendió la permanencia en el cuerpo del documento por el peso ético de la fórmula pues no se trata de “asegurar ganancias egoístas del individuo, sino tratar de elevar la estatura moral del hombre. (3AGTC, 95ª sesión, p. 87. También puede verse (3AGTC, 96ª sesión, pp. 97-98). Cassin argumentó que si permanecía ahí, la fórmula “causaría la mayor impresión en la opinión pública” (3AGTC, 97ª sesión, p. 106).

<sup>33</sup> G. HUGHES, “The concept of dignity in the Universal Declaration of Human Rights”, en *Journal of Religious Ethics*, vol. 39, n° 1 (2011), 1-24, p. 2.



Cassin, un subgrupo de trabajo provisional –al que también pertenecía Roosevelt, Chang, Malik y John Humphrey (Canadá)– agregó la frase ‘dotados como están de razón’ a la propuesta del delegado francés, que por entonces sólo describía una situación de hecho y unos deberes<sup>34</sup>. Chang al comentar el borrador, propuso agregar también ‘conciencia’. Las palabras ‘razón y conciencia’, “se habrían de incluir [en la Declaración] como atributos esenciales del hombre”<sup>35</sup>. Cassin estuvo de acuerdo. El francés explicó que su propuesta original intentaba transmitir que el deber debía entenderse no en clave jurídica, sino ética<sup>36</sup>. ‘Razón y conciencia’ introducirían al ‘ser-digno’ en el ámbito de la ética y del comportamiento digno.

### II.3.1. La aportación de Malik

Para el filósofo y delegado libanés, el ‘ser’ de la persona no era solo un ‘estar ahí’, sino ha de comprenderse en de realizarse como persona<sup>37</sup>. Para Malik, la persona de los derechos humanos existe sólo como un ‘*ser-haciéndose*’ desde la razón y su conciencia. De ahí que para él, los derechos humanos muestran una dinámica existencial como expresión de dignidad: “Hemos de concebir nuestros derechos en términos dinámicos, en este sentido la libertad, es libertad de ‘cambiar’ y de ‘convertirse en’ o ‘de llegar a ser’ y no sólo simplemente la libertad de ser y de permanecer en lo que siempre he sido”<sup>38</sup>.

Malik señalaba que la manifestación más radical de la dignidad humana se muestra en su capacidad de tomar postura ante la realidad mediante su ‘razón y conciencia’. Estas palabras significaban para él profesor libanés, la exigencia de que la persona no fuera absorbida por la sociedad, sus lealtades intermedias, el Estado o sus necesidades materiales. Ni siquiera los derechos humanos se podían imponer a la persona ‘desde fuera’ mediante instrumentos del Estado o la ley. Tampoco desde la cultura o la propia religión en la que se nace. Por el contrario, es en la conciencia y gracias a la razón que la persona

<sup>34</sup> Cfr. GLENDON, M.A., *Un mundo nuevo: Eleanor Roosevelt y la Declaración Universal de Derechos Humanos*, trad. Pedro de Jesús Pallares Yabur, Fondo de Cultura Económica, México, 2011, p. 118.

<sup>35</sup> E/CN.4/AC.1/SR.8/2.

<sup>36</sup> Cfr. E/CN.4/AC.1/SR.8/2.

<sup>37</sup> Un argumento más elabado puede encontrarse en una obra posterior, MALIK, C.H., *Man in the struggle for peace*, Harper & Row, New York, 1963.

<sup>38</sup> MALIK, *The challenge of human rights: Charles Malik and the Universal Declaration*, p. 23.

se ‘ubica como persona’ ante los demás, ante el Estado, ante la ley, ante la religión, ante la cultura<sup>39</sup>.

La ‘razón y la conciencia’ eran para el diplomático libanés, el vínculo por el que la Declaración Universal recogía y respetaba a la persona tanto en su vocación social como en su dignidad de irrepetible. Este punto de partida permitía colocar al Estado y a la ley en su justa dimensión<sup>40</sup>, de esta forma, se alejaba la amenaza de absorción de la persona en el Estado y ante la autoridad. El profesor libanés, sin duda, reconoce la legítima necesidad de cierto orden social, de pertenecer a una cultura que alimente del espíritu humano. Pero estas corren el riesgo de reclamar a cambio un ‘peaje’ muy caro: exigir de la persona una lealtad absoluta a cambio de solucionarle esas necesidades de desarrollo –‘pan’ para calmar el hambre–; reclamar acatamiento incondicional a sus disposiciones para garantizarle justicia, estabilidad social y económica para desarrollarse –‘paz’ como ausencia de conflicto–; y solicitar el compromiso total de obediencia para satisfacer sus necesidades de pertenencia, de dominio y de control –el ‘eros’ de uno mismo o un ‘*libido dominandi*’ sobre otros–.

Cualquier Estado, nación, o sistema jurídico exige para sí cierta lealtad por parte de sus súbditos a cambio de una promesa de justicia, de desarrollo, de seguridad, de pertenencia y de afirmación de uno mismo. Pero esa necesidad no justifica la eliminación de la persona como sujeto que toma postura. Agustín de Hipona describe en *La Ciudad de Dios* el proceso de corrupción una comunidad cuando se absolutiza así lo que en realidad es relativo<sup>41</sup>; y Dostoievski desarrolla este proceso desde el punto de vista de quien gobierna en “El Gran Inquisidor” de *Los Hermanos Karamazov*, pasaje al que Malik hacía referencia explícita para señalar este riesgo<sup>42</sup>. “El primer artículo de la Declaración de derechos humanos –decía Malik– debe establecer lo que distingue a

<sup>39</sup> Puede verse la explicación de Malik en su conferencia “What are Human Rights?” recogida en *ibid.*, pp. 106 y ss. También puede verse la insistencia de Malik en incorporar al derecho a la libertad de conciencia y religión en sentido dinámico como el derecho a cambiar de religión. Es decir, no se trataba sólo de “afirmar una religión”, sino del ‘derecho a convertirse’ libremente en un seguidor de la misma.

<sup>40</sup> Cfr. *ibid.*, p. 109.

<sup>41</sup> Puede verse el análisis de esta conclusión en RYAN, A., *On Politics: A history of political thought from Herodotus to the present*, Allen Lane, England, 2012, pp. 149 y ss.

<sup>42</sup> Cfr. MALIK, *The challenge of human rights: Charles Malik and the Universal Declaration*, pp. 159-160. Este significado se construía para Malik, además, por el carácter metafísico respecto al origen y jerarquía de estos derechos; la relación entre libertad, derechos y deberes; el alcance de los derechos materiales y económicos; la relación de la persona con la sociedad y el Estado; y, la

los seres humanos de los animales, es decir, la razón y la conciencia. Sin la razón, la tarea que se desarrolla [la de los derechos humanos] sería imposible”<sup>43</sup>.

### II.3.2. Empatía, solidaridad y ‘Ren’: la aportación de Chang

El 17 de junio de 1947, la ICR analizaba el borrador de Cassin. Chang propuso que a la idea de ‘razón’ habría que añadir la palabra ‘conciencia’ o más bien, el concepto expresado por la filosofía de Confucio como ‘Ren’, que “en traducción literal del chino al inglés sería “*two-man-mindedness*”, [en español “mentalidad de dos hombres” o “tener en mente a mí y al otro”]. El equivalente al inglés sería “*sympathy*” [en español, *empatía* o *solidaridad*] o “conciencia de un ser humano como yo”. Esta nueva idea, pensaba, debía incluirse como un atributo esencial del ser humano”<sup>44</sup>

La intención de Chang era superar el aislamiento del individualismo y apuntaba a un concepto, por así decirlo, más empático-estético de la persona. Chang decía unos días después que “[b]uscaba a tientas alguna palabra, y quizá por lo pronto ‘conciencia’ es adecuada. Iba a sugerir una especie de empatía, que incluye el sentimiento a favor del semejante o algo así, innato y espontáneo. A no ser y hasta que encuentre una mejor, aceptaré la palabra ‘conciencia’”<sup>45</sup>.

El logograma de ‘Ren’ está compuesto por dos grafemas, uno que significa ‘persona’ y otro ‘dos’. El análisis etimológico revela el carácter comunitario con el que Confucio describe al ser humano: nadie puede hacerse persona a sí mismo<sup>46</sup>. ‘Ren’ se ha traducido como ‘benevolencia’, ‘bondad’, ‘humanidad’, ‘con corazón humano’, o de forma poco precisa pero esclarecedora como ‘humanidad-en-su-mejor-versión’. El concepto ‘Ren’, también implica el efecto social de esa actitud/virtud. Una persona que manifiesta ‘Ren’ es al mismo tiempo, una persona con autoridad moral, con comportamiento atractivo e inspirador en su comunidad. El ser humano implícito en ‘Ren’ no sólo

---

construcción de las sociedades intermedias, del tejido social, entre el Estado y la persona. Puede encontrarse otra referencia a “El Gran Inquisidor”, en *ibid.*, p. 249.

<sup>43</sup> E/CN.4/SR.50/12-13.

<sup>44</sup> E/CN.4/AC.1/SR.8/2.

<sup>45</sup> Intervención de Peng Chun Chang, en *ibid.*, p. 70. También puede verse E/CN.4/AC.1/SR.13/5.

<sup>46</sup> Este análisis sobre el significado de Ren está tomado de ROSEMONT, H. y AMES, R.T., *The chinese classic of family reverence. A philosophical translation of the Xiaojing*, University of Hawai'i Press, Honolulu, 2009, pp. 81-83.

es, sino que al mismo tiempo es *hacer-se*, o *convertir-se*. No un *ser-humano*, sino un *convertir-se[r]-humano*. En definitiva, ‘*Ren*’ podría traducirse también como ‘persona-conducta consumada’, entendiendo *consumada* tanto como ‘realizado-realizándose’, como ‘solidaridad’, ‘junto a’: ‘*con-suma-da*’. De forma que la palabra ‘conciencia’ que Chang proponía incorporar, hace referencia a una comprensión no neutra de la persona a través de la razón y conciencia. La percepción racional de ésta es siempre de tipo deóntico-normativo<sup>47</sup>.

Así, la fórmula ‘dotados como están de razón y conciencia’ busca señalar que el reconocimiento y la experiencia del propio ‘ser-persona’, se realiza no de forma autorreferencial, sino a partir del conocimiento empático de un ‘tú-digno’. El reconocimiento de los propios derechos se realiza una vez que se ha percibido la dignidad de otro. Este conocimiento no es del mismo tipo de percepción con el que captamos las cosas: ‘algo-solo-ahí’. Al captar racionalmente a la persona y sus derechos –en la conciencia–, se percibe su dignidad, su llamado a la solidaridad, al cumplimiento de sus deberes de humanidad; se descubre el carácter deóntico de esa empatía.

El artículo 1 afirma que el ‘ser’ humano ‘conoce’ su propia dignidad gracias a la experiencia *empática* que le ofrece su ‘razón y conciencia’ de la dignidad del otro. Sólo así es posible afirmar que lo ve como ‘hermano’, con quien comparte la misma condición.

#### II.4. *La conclusión normativa ‘deber’*

El lenguaje de ‘derechos’ implica el reconocimiento de un ‘titular-del-beneficio’ al que se opone o relaciona con un ‘portador-de-la-carga’ o ‘deber’. A ‘mi beneficio’ se enfrenta ‘tu carga’. Esta idea se acentúa en la concepción Ilustrada de comprender los derechos humanos como cualidades morales que expresan la autonomía de la *persona ut persona*<sup>48</sup>. Sin embargo, aunque se es-

<sup>47</sup> Cuando Chang intentó encontrar similitudes entre ‘*Ren*’ como expresión de la bondad ética de la persona y las fórmulas occidentales. Lo hizo aceptando la palabra ‘conciencia’ y explicándola desde una versión reductiva de lo que era la Ilustración: “Los pensadores del s. XVIII, [...], se dieron cuenta de que a pesar de que el hombre es en parte animal, hay una parte en él que lo distingue del resto de ellos. Esa parte era lo auténtico del hombre y era buena, y a esa parte debe ser, por tanto, a la que se le dé la mayor importancia. (3AGTC, 98ª sesión, pp. 113-114)”.

<sup>48</sup> Para un estudio sobre esta perspectiva, cfr. CARPINTERO BENÍTEZ, F., “Persona humana y persona jurídica”, en RABBI-BALDI CABANILLAS, R. y AMATO, S. (eds.), *Las razones del derecho natural: perspectivas teóricas y metodológicas ante la crisis del positivismo jurídico*, Ábaco de Rodolfo Depalma, Buenos Aires, 2000.

estructura con el lenguaje de los derechos, el artículo 1 no se centra sólo en el ‘reclamo-de-beneficios-para-mí’.

La DUDH asume que el ‘derecho’ es más bien una ‘carga-beneficio’ que manifiesta una dignidad relacional, una libertad orientada a la vida en común. Como hemos dicho, el primer numeral de la DUDH con su idea de ‘razón y conciencia’, entendida como *empatía* o como ‘*Ren*’, describe a un ser humano que en el mismo acto racional por el que conoce la dignidad del otro, descubre la suya propia y su vínculo de responsabilidad solidaria hacia él. Sólo en ese sentido es coherente la conclusión: “deben comportarse fraternalmente los unos con los otros”.

El artículo 1 se compuso originalmente como parte de una serie de cinco artículos que hacían de ‘Principios Generales’ de la Declaración, donde se vinculaba la vida en comunidad al deber de ‘razón y conciencia’ del primer párrafo. Durante la IICDH se optó por reducir esos principios a tres artículos; de esta forma, los deberes hacia la comunidad se sintetizaron en un único artículo 2<sup>49</sup>.

A mediados de junio de 1948 Chang propuso trasladar el entonces artículo 2 sobre deberes al final del documento<sup>50</sup>. Justificó su propuesta señalando que los documentos Ilustrados del s. XVIII seguían esa estructura. Algo que tanto Cassin en su borrador, como Malik en sus aportaciones, habían buscado evitar durante todo el proceso de redacción. Malik, Geoffrey Wilson (Reino Unido), Alexei Pavlov, Omar Loufti (Egipto), y Roland Lebeau (Bélgica) se oponían a que la Declaración diera “la impresión de que se otorgaba al individuo, derechos ilimitados”<sup>51</sup>. Sin embargo, se aprobó esa sugerencia y el artículo 2 se convirtió en el entonces artículo 27(1) –el 29(1) en la versión definitiva–, que decía “Toda persona tiene deberes respecto a la comunidad, puesto que en ella puede desarrollar libre y plenamente su personalidad”.

A pesar de ello, no parece que la ubicación haya roto la vinculación interna de estos dos artículos. El conocimiento de la dignidad propia, no se hace a partir de la toma de conciencia de ‘mis derechos’, de forma autorreferencial a

<sup>49</sup> “Artículo 2. En el ejercicio de sus derechos toda persona está limitada por los derechos de los demás, así como por las justas exigencias de un Estado democrático. El individuo tiene deberes respecto a la comunidad que le permite desarrollar su espíritu, su mente y su cuerpo en una mayor libertad. (E/600, Anexo A)”.

<sup>50</sup> Cfr. E/CN.4/SR.77/2.

<sup>51</sup> *Ibid.*, p. 3.

la propia individualidad, sino que se realiza sólo en cuanto es capaz de percibir la dignidad del otro (art. 1). Algo que remite a la vida en comunidad (art. 29.1).

Si hemos dicho que ‘dignidad’ y ‘deberes’ se vinculan en la ‘razón y conciencia’, ¿porqué la Declaración se centra sólo en *derechos*? ¿No se trata, por tanto, un documento demasiado *individualista*? Para ofrecer una respuesta, hemos de contextualizar la Declaración. Primero, como se trata de un documento no vinculatorio, los redactores evitaban referencias a ‘deberes’ y a ‘Estado’ para no dar la impresión de que se trataba de un tratado internacional que después debiera ser aprobado internamente por cada país<sup>52</sup>. Con esta decisión se ganó, indirectamente, en precisión conceptual, pues el Estado dejó de ser el referente de los derechos humanos. En otras palabras, en la comprensión de los derechos humanos, el sujeto obligado ya no sería el ‘Estado’<sup>53</sup>, sino que nacería de persona, su dignidad y su responsabilidad solidaria.

Segundo, sin duda alguna, al describir las exigencias de la dignidad de la persona en lenguaje de ‘derechos’ o de ‘cualidades morales’ se condiciona su comprensión a los límites de este enfoque y a sus modos de decir. Parecería que se trata de describir una serie de beneficios a favor de un individuo, y en un segundo momento, enfrentarlo a su responsabilidad solidaria. Estas limitaciones conceptuales se originan por los vestigios de filosofía Ilustrada que se recogen en la DUDH, pero sólo en parte. En este sentido serían válidas hasta cierto punto las críticas que se lanzan a la Declaración de ser demasiado Ilustrada para justificar los deberes y el origen de las obligaciones hacia una comunidad.

Pero no por eso debería extrañar el tratamiento *minimalista* sobre deberes que se hace en la Declaración. Lo que lograron en 1948, es sin duda notorio. Si bien es cierto, la ausencia de referencias al ‘Estado’ en la Declaración fue buscada específicamente para respetar la naturaleza jurídica del texto –un documento no vinculatorio–, también es verdad que se hizo para expresar una convicción fundamental sobre los derechos humanos: las exigencias de la

<sup>52</sup> La naturaleza jurídica como documento no vinculatorio o tratado internacional fue un tema recurrente de discusión durante el proceso de redacción. Cfr. GLENDON, *Un mundo nuevo: Eleanor Roosevelt y la Declaración Universal de Derechos Humanos*, 99 y ss.

<sup>53</sup> Hanna Arendt señala que el Nazismo negó los derechos humanos de los judíos al convertirlos en apátridas. Sin Estado, no habría sujeto obligado y responsable para proteger estos derechos. Cfr. ARENDT, H., “Las perplejidades de los derechos del hombre”, en *Los orígenes del totalitarismo*, trads. G. Solana y S. Giner, Alianza, Madrid, 2006.

dignidad son para la persona tanto un derecho como un deber. Reclaman el respeto a su individualidad, pero también la llaman a la solidaridad.

Durante las primeras sesiones de la 3AGTC, en otoño de 1948, se había decidido que cuando se refirieran a ‘deberes del Estado’, éstos se tratarían en un documento distinto a la Declaración de tipo vinculatorio, pero que no supondría la disolución del binomio *derechos-deberes* de la persona hacia sus semejantes<sup>54</sup>. En congruencia con esa decisión, los delegados redujeron el tratamiento de *deberes del Estado* a la descripción de líneas generales de acción para la protección familiar y al deber de crear un orden internacional que haga posible la realización de los derechos económicos, sociales y culturales.

En este contexto de discusión sobre la relación entre derechos y deberes, sin comprometer el carácter no vinculatorio del documento, el delegado australiano, Allan Watt, propuso agregar las palabras ‘*alone*’ y ‘*full*’ al entonces artículo 27. Sugirió que la fórmula dijera: “Toda persona tiene deberes respecto a la comunidad, puesto que *sólo* en ella puede desarrollar libre y *plenamente* su personalidad”<sup>55</sup>. En español, la palabra ‘*alone*’ si se utiliza como adjetivo expresa ‘solo’ de ‘soledad’, y como adverbio significa ‘sólo’ o ‘únicamente’. La propuesta, sin duda, subrayaba el carácter comunitario de la persona: sólo cumpliendo sus deberes hacia otro tipo de comunidades, primariamente sus ‘lealtades intermedias’, sólo viviendo en *común-unidad*, sólo viviendo ‘*no-solo*’, es posible que la persona se desarrolle plenamente.

La opinión del holandés L.J.C. Beaufort muestra –una vez más– el sentido comunitario de la fórmula cuando se le agregan las palabras ‘*alone*’ y ‘*full*’: “el debate sobre el artículo 27 [29] ha mostrado que los derechos del individuo no son absolutos. Es necesario definir las restricciones exigidas por el respeto a los derechos de otros individuos y de los distintos grupos sociales”<sup>56</sup>.

### III. CONCLUSIÓN

Este breve recuento sobre el proceso de redacción de estos artículos de la Declaración pone de manifiesto, sin lugar a dudas, que los redactores evitaron partir de un acuerdo teórico sobre los fundamentos últimos de los derechos

<sup>54</sup> Cfr. 3AGTC, 94ª sesión, p. 81.

<sup>55</sup> 3AGTC, 154ª sesión, p. 658. Énfasis añadido.

<sup>56</sup> 3AGTC, 154ª sesión, p. 655.

humanos. Sin duda alguna debatieron, hicieron concesiones más propias de un juego político que de una discusión filosófica. Pero eso no excluye su preocupación de que el documento fuera aceptable para personas de toda cultura. La falta de una fundamentación filosófica no implica un *vacío* en su justificación racional: los redactores afirmaron un modo de ‘ser’ humano, que es posible ‘conocer’, y a partir de lo cual se justifica la vinculación de un ‘deber’.

No todos piensan igual. Con algunos matices que hacen distintos a sus planteamientos, Åshild Samnøy<sup>57</sup>, Tore Lindholm<sup>58</sup>, Martha Nussbaum<sup>59</sup> o Johannes Morsink<sup>60</sup> sostienen que el hecho de que los redactores abandonaran voluntariamente cualquier intento de justificación racional definitiva, debe interpretarse como la afirmación de un vacío metafísico. Esta sería la condición que les permitió diseñar un documento legítimo interculturalmente. Sería un ejemplo clásico del *overlapping consensus* [consenso por superposición o consenso entrecruzado] descrito por Rawls. Estos autores piensan que sostener afirmaciones metafísicas implicaría señalar una esencia finalizada que condiciona y limita los juicios morales del sujeto autónomo. Al mismo tiempo dividiría a las personas pertenecientes a distintas escuelas filosóficas, pues ¿podemos estar de acuerdo en los fines y justificación de esa condición humana metafísica? Estos autores “no desea[n] infectarse con el virus del esencialismo”<sup>61</sup>. Para ellos, la falta de afirmaciones metafísicas permitió el acuerdo intercultural.

¿Es eso lo que quisieron evitar los redactores de la Declaración? Es evidente que no intentaron resolver todos los problemas filosóficos de una fundamentación racional de los derechos humanos. Pero eso no implica decir que la DUDH abandone cualquier intento de señalar un ‘ser’ común que es posible ‘conocer’ de forma similar que justifica el ‘deber’ de comportarse fraternalmente.

<sup>57</sup> Cfr. SAMNØY, *Human rights as international consensus. The making of the Universal Declaration of Human Rights, 1945-1948*, pp. 100-101.

<sup>58</sup> Cfr. LINDHOLM, T., “Prospects for Research on Cultural Legitimacy of Human Rights: The Cases of Liberalism and Marxism”, en AN-NA’IM, A.A. (ed.), *Human Rights in Cross-Cultural Perspectives: A Quest for Consensus*, University of Pennsylvania Press, United States of America, 1992.

<sup>59</sup> Cfr. NUSSBAUM, M.C., *Las fronteras de la justicia: consideraciones sobre la exclusión*, Paidós, Barcelona, 2006, pp. 278 y ss.

<sup>60</sup> MORSINK, J., *The Universal Declaration of Human Rights: origins, drafting, and intent*, p. 318.

<sup>61</sup> Cfr. MORSINK, J., *Inherent human rights: philosophical roots of the universal declaration*, University of Pennsylvania Press, Philadelphia, 2009, pp. 174-176.



En otras palabras, los redactores señalaron una realidad extramental –un ‘ahí hay algo’–, compartida por los seres humanos –‘es de cierta manera’–, que se manifiesta y comporta de forma finalizada, que puede ser conocida y de la que se siguen unos deberes. Pero no justificaron ese proceso o por qué eso es así. Los redactores sabían que no hacían filosofía profesional, eran diplomáticos –algunos de ellos con formación filosófica<sup>62</sup>–. Sólo buscaban fórmulas sobre los derechos humanos comprensibles, comunes a cualquier persona de toda cultura que los interpelara éticamente. Afirmaron algo básico, pero dejaron la tarea de fundamentación para cada cultura. Charles Malik reflexionaba sobre la Declaración y sus alcances en estos términos: “Es la única declaración mundial de este tipo de la historia. Existe una manera de ver al hombre y su dignidad de forma griega, romana, judía, cristiana, musulmán, budista, marxista, china, rusa, hindú, alemana, francesa, latina o anglosajona. Pero ninguna de ellas es mundial o universal. [...] No estoy diciendo que esta definición universal [la de la DUDH] es más ‘profunda’ o más ‘correcta’ o más ‘verdadera’; sólo digo que es la primera y la única definición universal de la historia”<sup>63</sup>.

Si fundamentar significa justificar racionalmente, para los redactores, esa justificación racional consiste en afirmar un ‘ser’ que se aprehende mediante un ‘conocer-deóntico’ y concluye en un ‘deber’. En la Declaración, la ‘razón y conciencia’ captan una realidad por la que vincula éticamente a la persona en la intimidad de su conciencia, desde donde surge su compromiso fraterno. El argumento, al mismo tiempo, deja abierto el resto de problemas teóricos para fundamentar por qué esto es así. Esa apertura permite que en el documento concurren distintas tradiciones culturales de describir la dignidad de la persona y por tanto, en los derechos humanos.

Cuando Maritain cuenta la anécdota de la falta de acuerdos en el ‘por qué’, está construyendo un argumento del que ese pasaje es sólo un fragmento. El filósofo francés continúa explicando que este acuerdo práctico es posible no porque la realidad metafísica esté ausente, sino por que el compromiso se logra a nivel de la realidad práctica, de forma espontánea, pre-científica, pre-filosófica. Después, seguirá el trabajo de justificación teórica que se verá con-

<sup>62</sup> Para una descripción del proceso de redacción y el perfil de los redactores, cfr. GLENDON, *Un mundo nuevo: Eleanor Roosevelt y la Declaración Universal de Derechos Humanos*; y MORSINK, J., *The Universal Declaration of Human Rights: origins, drafting, and intent*.

<sup>63</sup> MALIK, *The challenge of human rights: Charles Malik and the Universal Declaration*, p. 251.

dicionado por “las adquisiciones y servidumbre, [por] la estructura y evolución del grupo social”<sup>64</sup>, de la tradición especulativa a la que pertenece esa persona.

De forma que las afirmaciones hechas por los redactores de la Declaración son de tipo práctico sobre las que después se ha de construir un andamiaje teórico más desarrollado. Sin embargo, esto no quiere decir que esas afirmaciones sean vacías o a-metafísicas. Si bien es cierto, la DUDH no contiene una justificación teórica definitiva, última y al mismo tiempo común a toda cultura, los elementos del acuerdo práctico son ya un material valioso de justificación racional de estos derechos.

En este sentido, la DUDH contiene un incipiente argumento para fundamentar los derechos humanos; un argumento ‘cerrado’ pero ‘no terminado’. Afirmar verdades prácticas como los derechos humanos implica necesariamente sostener algo de verdades metafísicas, al menos un ‘ahí-hay-algo’ y un ‘éste-es-su-*telos*’. Sólo bajo esos supuestos, las verdades prácticas pueden aseverar algo con sentido, determinar su alcance, conocer exigencias determinadas, y fijar las cargas y beneficios que se pueden predicar de un ser personal y comunitario. La falta de acuerdo en el ‘por qué’, no significa haber suspendido toda afirmación sobre el ‘ser’, el ‘conocer’ y el ‘deber’.

El argumento de justificación de los derechos humanos en la DUDH parece una escalera de caracol. El primer círculo se cierra a los 360 grados. Pero en ese punto se sigue una nueva vuelta más abajo y más profunda. La DUDH da una primera vuelta argumentativa, pero no termina con la tarea de justificación. El argumento está ‘cerrado’ pero ‘no terminado’. Todavía es necesario resolver preguntas del tipo: ¿por qué ese ser es así? ¿Por qué se conoce de esa manera? ¿Por qué se puede decir que esa realidad es debida? ¿Por qué puede asumirse que la realidad es cognoscible y la razón capaz de conocer? ¿Por qué la realidad de la persona está impregnada de un *logos* cognoscible por una razón que vincula deónticamente a la persona? La Declaración es incapaz –no le corresponde– ofrecer una respuesta satisfactoria a estas preguntas. Eso no impide a que, en su ámbito, con su alcance y sus límites, sostenga un argumento hasta cierto punto consistente.

¿Esto implica que la Declaración sea sólo un documento político, fruto de tensiones, de intereses encontrados o de consensos precarios? Si bien es cierto hubo debate político que generó la aprobación de unas fórmulas en lu-

---

<sup>64</sup> MARITAIN, *Introducción*, p. 18.

gar de otras, también es claro que la Declaración no se reduce sólo a expresar un juego político. Durante el proceso de redacción de la DUDH, el Consejo de Seguridad, máximo órgano político y ejecutivo de la ONU también emitió resoluciones fruto de debate político. A diferencia de la DUDH, ninguna de ellas se ha invocado para inspirar Constituciones, movimientos sociales, cambio de leyes o se le reconoce como el promotor del movimiento contemporáneo de derechos humanos. Precisamente por que el lector de la Declaración percibe en ella una apelación a su conciencia, *acepta* como válidas unas fórmulas que le dicen *algo*, sobre *alguien*, y le *exigen* una conducta. En la Declaración hay algo más que sólo debate político.

Es precisamente lo que concluyó Maritain: el acuerdo en el ‘cómo’ y no en el ‘por qué’, no significa el vacío metafísico, sino la experiencia de que estos acuerdos son posibles por que en ellos se anuncia una ley racional de comportamiento inscrito en nuestra común humanidad. La justificación racional que ofrece la Declaración es, ya se dijo, como el primer giro en una escalera de caracol. No pretende bajar a través de argumentos robustos y necesarios por una escalera lineal hasta llegar al fundamento último de los derechos humanos. El argumento de la Declaración es atractivo en esta aparente debilidad pero que recoge un dato de experiencia: al percibir en la propia conciencia la dignidad del otro, reconocemos la propia y nos comprometemos para realizar ambas en un nos-otros personal.

#### BIBLIOGRAFÍA

- ARENDT, H., “Las perplejidades de los Derechos del Hombre”, en *Los Orígenes del Totalitarismo*, traducido por Guillermo Solana y Salvador Giner, Alianza, Madrid, 2006, pp. 412-427.
- CARPINTERO BENÍTEZ, F., “Los constructos racionales en la reflexión sobre la Justicia. (Primera Parte)”, *Dikaioyne*, 23 (2009), pp. 25-65.
- “Persona humana y persona jurídica”, en *Las razones del Derecho natural: perspectivas teóricas y metodológicas ante la crisis del Positivismo jurídico*, Rabbi-Baldi Cabanillas, Renato y Salvatore Amato (eds.), Ábaco de Rodolfo Depalma, Buenos Aires, 2000, pp. 137-171.
- GLENDON, M. A., *Un Mundo Nuevo: Eleanor Roosevelt y la Declaración Universal de Derechos Humanos*, Sección de obras de Política y Derecho, traducido por Pedro de Jesús Pallares Yabur, 1ª ed., Fondo de Cultura Económica, México, 2011.
- HUGHES, G., “The Concept of Dignity in the Universal Declaration of Human Rights”, *Journal of Religious Ethics*, 39, nº 1 (2011), pp. 1-24.

- KAUFMANN, A., “La Universalidad de los Derechos Humanos. Un ensayo de fundamentación”, *Persona y Derecho*, 38 (1998), pp. 11-34.
- LINDHOLM, T., “Prospects for Research on Cultural Legitimacy of Human Rights: The Cases of Liberalism and Marxism”, en AN-NA’IM, A.A. (ed.), *Human Rights in Cross-Cultural Perspectives: A Quest for Consensus*, 1ª ed., University of Pennsylvania Press, Philadelphia, 1992, cap. 15, pp. 387-426.
- MALIK, C. H. (ed.), *The Challenge of Human Rights: Charles Malik and the Universal Declaration*, H.Ch. Malik (ed.), Charles Malik Foundation, Oxford, 2000.
- *Man in the Struggle for Peace*, Harper & Row, New York, 1963.
- MARITAIN, J., “Introducción”, en *Los Derechos del Hombre. Estudios y comentarios en torno a la nueva declaración universal* [Human Rights. Comments and Interpretations], traducido por Eugenio Imaz, UNESCO, Fondo de Cultura Económica, México, 1949, pp. 15-22.
- MASSINI CORREAS, C. I., *La Ley natural y su interpretación contemporánea*, 1ª ed., Eunsa, col. “Pensamiento medieval y renacentista”, vol. 74, Pamplona, 2006.
- MORSINK, J., *Inherent Human Rights: Philosophical Roots of the Universal Declaration*, Pennsylvania Studies in Human Rights, University of Pennsylvania Press, Philadelphia, 2009.
- *The Universal Declaration of Human Rights: Origins, Drafting, and Intent*, Pennsylvania Studies in Human Rights, University of Pennsylvania Press, Philadelphia 1999.
- NUSSBAUM, M. C., *Las fronteras de la Justicia: consideraciones sobre la exclusión*, Paidós, col. “Estado y Sociedad”, vol. 145, Barcelona, 2006.
- POCOCK, J. G. A., *Pensamiento político e historia: ensayos sobre teoría y método*, traducido por Sandra Chaparro Martínez, Akal Universitaria, serie “Ciencia Política”, vol. 324, Madrid, 2011.
- ROSEMONT, H. y AMES, R. T., *The Chinese Classic of Family Reverence. A Philosophical Translation of the Xiaojing*, University of Hawai’i Press, Honolulu, 2009.
- RYAN, A., *On Politics: A History of Political Thought from Herodotus to the Present*, 1ª ed., Allen Lane, England, 2012.
- SAMNØY, Å., *Human Rights as International Consensus. The Making of the Universal Declaration of Human Rights, 1945-1948*, Chr. Michelsen Institute, Bergen Norway, 1993.

---

# Inmigración y Derechos Humanos en la UE. Análisis de la directiva 2008/115/CE

*Immigration and Human Rights in the EU.  
Analysis of the Directive 2008/115/CE*

RECIBIDO: 2013-01-17 / ACEPTADO: 2013-03-25

---

Alejandra SÁNCHEZ FERNÁNDEZ

Ministerio del Interior

[alexsanchezfdez@gmail.com](mailto:alexsanchezfdez@gmail.com)

**Resumen:** Artículo que repasa la evolución legislativa de la UE en materia migratoria para, finalmente, centrarse en los puntos más polémicos de la Directiva 2008/115/CE sobre el retorno de inmigrantes ilegales: el procedimiento de retorno y expulsión, el internamiento y el interés del menor.

En este análisis, la autora parte de la perspectiva del respeto a los derechos fundamentales como base que debe cumplir cualquier normativa. En opinión de la autora, la regulación de la migración debe realizarse de acuerdo a los requerimientos que el nuevo panorama mundial exige, es decir, desde una perspectiva mucho más amplia.

**Palabras clave:** derechos fundamentales; inmigración; Directiva Europea de retorno; globalización.

**Sumario:** 1. Introducción. 2. Evolución de la legislación europea en materia de extranjería. 3. Análisis de la Directiva 2008/115/ce desde una perspectiva de derechos fundamentales. 4. Conclusión. 5. Referencias.

**Abstract:** The article reviews the evolution of EU legislation on migration to finally focus on the most controversial points of 2008/115/CE Directive on the return of illegal immigrants: the procedure of return and expulsion, the detention and the child interest.

In this analysis, the author gives a fundamental rights perspective as the basic legislation to follow. In the author's point of view, the regulation of migration must be done according to the requirements that the new world situation demands, ie, from a much broader perspective.

**Key words:** fundamental rights; immigration; European Directive of return; globalization.

**Summary:** 1. Introduction. 2. Evolution of the European legislation of immigrants. 3. Analysis of the Directive 2008/115/ce from a fundamental rights perspective. 4. Conclusion. 5. References.

## 1. INTRODUCCIÓN

**N**os encontramos ante un nuevo escenario mundial en el que se ha producido un traspaso de poder desde los Estados-nación hacia otros entes de mayor amplitud, como internet o las multinacionales. Este orden de las cosas conlleva aspectos positivos y negativos. Por un lado, contamos con más recursos: información, medios tecnológicos, transportes... que permiten adoptar

decisiones entre un mayor número de personas, teniendo más variedad de puntos de vista y mayores probabilidades de acertar sobre cuál es la más conveniente; el conocimiento se multiplica. Sin embargo, esta mayor cantidad de recursos está desigualmente repartida, y aquí es donde aparece la parte negativa, estos recursos no son distribuidos ni usados de manera justa, sino que se concentran en unos pocos y además son utilizados para mantener este desigual reparto de medios.

Para evitar esta situación, se empezaron a adoptar Convenios, Tratados, Acuerdos a nivel Internacional que pudieran paliar esta desigualdad y garantizar que se respetará la esfera básica de las personas, los Derechos Humanos. A partir de aquí, la producción legislativa a nivel Internacional se amplió para proteger a grupos de personas que sufrían especialmente el efecto del nuevo orden mundial.

Esta realidad no puede ser obviada por los Estados a la hora de afrontar fenómenos Internacionales, uno de los cuales es el movimiento migratorio. ¿Cuál es la respuesta de la UE ante el mismo? ¿Qué dirección está tomando dicha respuesta? ¿Se está teniendo en cuenta esta nueva realidad? Estas preguntas serán analizadas a lo largo del texto.

## 2. EVOLUCIÓN DE LA LEGISLACIÓN EUROPEA EN MATERIA DE EXTRANJERÍA

Antes del Tratado de Amsterdam la política migratoria europea era regulada a través de acuerdos intergubernamentales<sup>1</sup>. El Convenio de Dublín y el Convenio de Aplicación, de 19 de junio de 1990, del Acuerdo de Schengen de 15 de junio de 1985 relativo a la supresión gradual de los controles en las fronteras comunes, que entró en vigor el 26 de marzo de 1995 son el inicio de la comunitarización de la política migratoria<sup>2</sup>.

<sup>1</sup> Los artículos de BASCHERINI, G., “Las políticas migratorias e Europa: una visión comparada”, *Revista de Derecho constitucional europeo*, nº 10 (julio-diciembre 2008), pp 49-100 y CARBALLO ARMAS, P., “Inmigración y derechos fundamentales en la UE: una aproximación a los instrumentos jurídico-políticos de integración de los extranjeros en España”, *Revista de Derecho constitucional europeo*, nº 5 (enero-junio 2006), pp 279-293, ilustran muy bien los antecedentes de la política migratoria europea actual.

<sup>2</sup> Véase GONZALEZ ENRIQUEZ, C. y SORROZA BLANCO, A., “¿Hacia una política europea de inmigración? Un desafío para la presidencia española de 2010”, *Demografía, población y migraciones*, nº 57/2009 (2010) pp 1-24.

Con el Tratado de Amsterdam (que entró en vigor en 1999) se comunitariza finalmente parte del tercer pilar<sup>3</sup>, la relativa al control de fronteras, inmigración y asilo pertenecientes al llamado espacio de libertad, seguridad y justicia, de tal manera que la UE pasaba a tener competencias sobre las mismas<sup>4</sup>. Ese mismo año se celebró en Tampere el Consejo Europeo para establecer las líneas a seguir en ese espacio de libertad, seguridad y justicia. En materia de inmigración se centró en cuatro elementos: la asociación con los países de origen; un régimen de asilo europeo común; un tratamiento equitativo para los nacionales de terceros países y una gestión más eficaz de los flujos migratorios<sup>5</sup>. La UE apostó por un enfoque multilateral en el que se tendría en consideración a los Estados de origen, y por una política migratoria de integración.

Sin embargo, este enfoque cambió con el Programa de la Haya de 2004. A raíz de los atentados ocurridos en Nueva York el 11 de Septiembre de 2001 y en Madrid el 11 de marzo de 2004, la UE se centró casi en exclusiva en la prevención y represión del terrorismo. La seguridad era ahora su objetivo principal. Ciertamente es que la seguridad es un tema importante, pero no puede ser enfocada desde un único punto de vista: el control y la restricción<sup>6</sup>. Éste fue el seguido por la UE, olvidando la perspectiva de integración y no discriminación señalada en Tampere. La lucha contra el terrorismo y la lucha contra la inmigración ilegal se unían bajo un mismo techo, con lo que se corría el riesgo de asociar ambos términos, criminalizando la inmigración ilegal.

Continuando con la línea marcada por el Programa de la Haya, la UE ha ido legislando centrándose principalmente en el control de las fronteras exteriores<sup>7</sup>. Algunos de los actos normativos resultantes son: el Reglamento del Consejo nº 539/2001 de 15 de marzo de 2001, por el que se establece la lista de terceros países cuyos nacionales están sometidos a la obligación de visado para cruzar las fronteras exteriores y la lista de terceros países cuyos nacionales

<sup>3</sup> Véase ALONSO GARCÍA, R., *Sistema Jurídico de la Unión Europea*, 2º ed., Civitas, Pamplona, 2010.

<sup>4</sup> Véase OLESTI RAYO, A., “Las políticas de la UE relativas al control de fronteras, asilo e inmigración”, *Revista de Derecho constitucional europeo*, nº 10 (julio-diciembre 2008), pp 13-48.

<sup>5</sup> SN 200/99 Consejo Europeo de Tampere, conclusiones de la Presidencia, 15-16 de octubre de 1999.

<sup>6</sup> Véase BENDEL, P., “¿Blindando la fortaleza europea? Intereses, valores y cambios jurídicos en la política migratoria de la UE”, *Revista Internacional de Migraciones y Desarrollo*, Zacatecas, Latinoamericanistas, nº 004 (2005), pp 54-64.

<sup>7</sup> Véase SOLANES CONELLA, Á., “La política de inmigración en la UE desde tres claves”, *Revista Arbor*, Consejo Superior de Investigaciones Científicas, nº 713 (2005), pp. 81-100.

están exentos de esta obligación. Para establecer tal división se atendió a los criterios establecidos en la exposición de motivos del Reglamento: “... diversos criterios relativos, en particular, a la inmigración clandestina, al orden público y a la seguridad, así como a las relaciones exteriores de la Unión con terceros países, teniendo también en cuenta las implicaciones de la coherencia regional y de la reciprocidad”, dejando patente que la política migratoria de la UE era ahora unilateral, centrándose en la seguridad.

En 2004 se creó la Agencia Europea para la gestión de la cooperación operativa en las fronteras exteriores de los Estados miembros de la Unión Europea (FRONTEX), otro ejemplo de inversión europea en materia de seguridad. La UE ha ido dotándolo de medios económicos y tecnológicos para hacerlo más efectivo; no obstante, han sido varias las críticas vertidas contra FRONTEX por el incumplimiento de los derechos fundamentales. Éstas consiguieron modificar aspectos normativos de la agencia, de tal manera que a partir de Octubre de 2011 se estableció un puesto de agente de derechos y un foro para consultar a la sociedad civil. Sin embargo, como se señala en el informe mundial de 2012 de la organización Human Rights Watch: “no creó un mecanismo para hacer que Frontex tuviera que rendir cuentas por violaciones a los derechos humanos. Los guardias de Frontex en la frontera entre Grecia y Turquía fueron cómplices en el sometimiento de los inmigrantes a condiciones abusivas en los centros de detención griegos”. El propio Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha criticado las malas condiciones en que se encuentran detenidos los inmigrantes que entran en Grecia por la frontera con Turquía. Por todo ello, el Defensor del Pueblo europeo ha iniciado una investigación para comprobar el grado de cumplimiento de los derechos fundamentales por parte de FRONTEX.

En la misma línea se aprobó el Reglamento 863/2007 de 11 de julio de 2007, por el que se establece un mecanismo para la creación de equipos de intervención rápida en las fronteras y que modifica el Reglamento 2007/2004 del Consejo. Más conocido por RABBIT, se trata de un auténtico cuerpo de seguridad para casos excepcionales de llegada a las fronteras de un Estado miembro de un gran número de inmigrantes. Dicho equipo en el ejercicio de sus funciones podrá llevar armas y usarlas (arts.6.5 y 6.6 del Reglamento), lo que prueba hasta qué punto la UE criminaliza la inmigración<sup>8</sup>.

---

<sup>8</sup> Es importante señalar también el Tratado de Prum 2005 y sus consecuencias. BAR CENDÓN, A., “El Tratado de Prum y la inmigración ilegal”, *Revista de Derecho constitucional europeo* (enero-junio 2007), pp 235-273.



Otros mecanismos migratorios, estos dirigidos más al control en el cruce de fronteras, son: el Reglamento 562/2006 de 15 de marzo de 2006 por el que se establece un Código comunitario de normas para el cruce de personas por las fronteras (Código de fronteras Schengen), que establece requisitos a cumplir por los extranjeros que deseen cruzar las fronteras por un periodo no superior a tres meses; el Reglamento 1987/2006, de 20 de diciembre de 2006, relativo al establecimiento, funcionamiento y utilización del Sistema de Información de Schengen de segunda generación (SIS II) y el Reglamento 767/2008, de 9 de julio de 2008, sobre el Sistema de Información de Visados (VIS) y el intercambio de datos sobre visados de corta duración entre los Estados miembros (Reglamento VIS) que tiene por objetivo la aplicación de la política común de visados recogida en el Reglamento 810/2009, de 13 de julio de 2009, por el que se establece un Código comunitario sobre visados (Código de visados).

Sustituyendo al Programa de la Haya pero con el mismo espíritu, se aprobó en 2010 el Programa de Estocolmo, hoja de ruta de la UE en materia de inmigración y asilo de 2010 a 2014. El Programa continúa con la vía abierta por el Programa de la Haya de legislar unilateralmente un fenómeno global, la migración, y desde un único punto de vista, la seguridad y el interés exclusivamente económico de la UE. Con este Programa la UE dice adiós a una política migratoria holística, multilateral y con base en los derechos fundamentales.

El enfoque multilateral y de integración en materia migratoria es más difícil de encontrar en la normativa europea, y la existente no alcanza un rango que le haga ser vinculante para los Estados miembros. Desde el punto de vista de la multilateralidad en la vertiente de colaboración con los países de origen, se destaca: la Comunicación de la Comisión al Consejo y al Parlamento Europeo sobre prioridades de actuación frente a los retos de la inmigración (primera etapa del proceso de seguimiento de Hampton Court, en COM (2005) 621 final de 30 de noviembre de 2005, en ella se opta por un enfoque global de la migración, teniendo en cuenta aspectos tanto de seguridad como de desarrollo. Siguiendo este enfoque, en el Consejo de la UE celebrado en Bruselas el 15 y 16 de diciembre de 2005 se subrayó: “la necesidad de contar con un enfoque equilibrado, global y coherente, que abarque medidas orientadas a luchar contra la inmigración ilegal y aproveche, en cooperación con terceros países, los beneficios de la migración legal”. Otros ejemplos en esta línea son: la Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones sobre la aplicación del “Planteamiento global sobre la migración” a las regiones orientales y sudorientales de la Unión

Europea, en COM (2007) 247 final de 16 de mayo de 2007; la Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones sobre migración circular y asociaciones de movilidad entre la Unión Europea y terceros países, en COM (2007) 248 final de 16 de mayo de 2007 y las Comunicaciones de la Comisión al Parlamento Europeo y al Consejo en sus informes anuales sobre inmigración y asilo. Ninguna de ellas pasa de ser una mera comunicación sin fuerza vinculante.

Desde el punto de vista de la admisión e integración de inmigrantes se destaca: el intento de regular las condiciones de entrada y residencia de nacionales de terceros Estados por razones de trabajo por cuenta ajena y de actividades económicas por cuenta propia, a través de una propuesta de Directiva presentada en 2001 y retirada en 2006; la Directiva 2004/114 relativa a la admisión de los nacionales de terceros Estados a efectos de estudios, intercambio de alumnos, prácticas no remuneradas o servicios de voluntariado; la Directiva del Consejo 2005/71 de 12 de octubre de 2005, que establece un procedimiento específico de admisión de nacionales de terceros Estados con fines científicos y la Directiva del Consejo 2003/109 de 25 de noviembre de 2003, relativa al estatuto de los nacionales de terceros Estados residentes de larga duración. Esta última se dirige a igualar el trato a este tipo de inmigrantes con el dado a los nacionales europeos, aun así los Estados cuentan con mayores posibilidades de adoptar una medida que restrinja el derecho de libre circulación y residencia de un extranjero residente de larga duración que a un nacional europeo. La polémica Directiva 2003/86 de 22 de septiembre de 2003 sobre el derecho de reagrupación familiar, cuyas restricciones hicieron presentar al Parlamento un recurso de anulación ante el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas (TJCE), por no garantizar los derechos fundamentales, en concreto los relativos a la vida familiar y a la no discriminación. El Tribunal lo desestimó en su sentencia de 27 de junio de 2006, asunto C-540/03; la Directiva 2009/50/CE de 25 de mayo de 2009 relativa a las condiciones de entrada y residencia de nacionales de terceros países para fines de empleo altamente cualificado y la Directiva 2011/98/UE de 13 de diciembre de 2011 por la que se establece un procedimiento único de solicitud de un permiso único que autoriza a los nacionales de terceros países a residir y trabajar en el territorio de un Estado miembro y por la que se establece un conjunto común de derechos para los trabajadores de terceros países que residen legalmente en un Estado miembro.

En resumen, los únicos ejemplos de políticas migratorias con un enfoque global quedan reducidos a meras comunicaciones y conferencias no vinculan-

tes; los ejemplos de políticas de admisión e integración quedan reducidos a tres clases muy específicas de inmigrantes: los estudiantes, los científicos y los trabajadores altamente cualificados, es decir, aquellos que suponen una clara fuente de ingresos para la UE, ya que los otros dos ejemplos, en especial la Directiva de reagrupación familiar, presentan serias limitaciones; finalmente y en contraposición, encontramos un variado elenco normativo y vinculante en materia de protección y vigilancia de fronteras.

Por último, en lo relativo a la regulación europea en materia de inmigración ilegal (a medio camino entre la política de protección de fronteras y la de admisión de inmigrantes) cabe destacar: la Directiva 2002/90 de 28 de noviembre de 2002 destinada a definir la ayuda a la entrada, circulación y estancias irregulares; la Directiva 2001/51/CE de 28 de junio de 2001 por la que se completan las disposiciones del artículo 26 del Convenio de aplicación del Acuerdo de Schengen de 14 de junio de 1985, con el objetivo de establecer sanciones a los transportistas que no posean los documentos de viaje exigidos y transporten a nacionales de terceros Estados; la Directiva 2004/82/CE del Consejo, de 29 de abril de 2004, sobre la obligación de los transportistas de comunicar los datos de las personas transportadas; la Directiva 2001/40/CE del Consejo, de 28 de mayo de 2001, relativa al reconocimiento mutuo de las decisiones en materia de expulsión de nacionales de terceros países; la Decisión 2004/573/CE del Consejo, de 29 de abril de 2004, relativa a la organización de vuelos conjuntos para la expulsión, desde el territorio de dos o más Estados miembros, de nacionales de terceros países sobre los que hayan recaído resoluciones de expulsión y la Directiva 2003/110/CE de 25 de noviembre de 2003 sobre la asistencia en casos de tránsito a efectos de repatriación o alejamiento por vía aérea. Todas ellas dirigidas a la repatriación o a sancionar conductas que colaboren con la inmigración ilegal. La última normativa en esta materia es la Directiva 2008/115/CE de 16 de Diciembre de 2008, estudiada a continuación.

### 3. ANÁLISIS DE LA DIRECTIVA 2008/115/CE DESDE UNA PERSPECTIVA DE DERECHOS FUNDAMENTALES

Tras el repaso de las políticas y normativas europeas en materia de migración, me centraré en la Directiva 2008/115/CE de 16 de Diciembre de 2008 (en adelante la Directiva Retorno), al representar con claridad el resultado de la

línea seguida por la UE en materia de migraciones en estos últimos años. Será analizada desde el punto de vista del cumplimiento de los derechos fundamentales.

Comenzando por un estudio de los considerandos de la Directiva Retorno, se intuye un interés especial de la UE por el respeto a los derechos fundamentales. Así, en los considerandos 6 y 11 se menciona que el procedimiento de expulsión ha de ser *“justo y transparente”* y *“respetuoso con las garantías jurídicas”*; el internamiento es tratado en los considerandos 16 y 17 al hablar del *“principio de proporcionalidad”* y *“trato digno y humano”*; y en el 22 se habla del *“interés superior del niño”*. Otros derechos mencionados son: el principio de *“no devolución”*, la prohibición de toda discriminación o la protección al refugiado. Todo ello bajo la obligación recogida en el artículo 1 de aplicar la Directiva de conformidad con los derechos fundamentales.

A continuación se estudiará cómo la Directiva Retorno articula el respeto a los derechos fundamentales en estas tres áreas mencionadas específicamente en los considerandos.

### 3.1. *Procedimiento de retorno y expulsión*

La UE opta por el procedimiento de expulsión para el trato a los inmigrantes sin papeles (nacionales de terceros países que no cumplen con el artículo 5 del Código de Fronteras Schengen). En una primera fase con la *“decisión de retorno”* (comunicación al inmigrante de la obligación de abandono del territorio de la UE), en segundo lugar con la ejecución de tal decisión mediante la *“salida voluntaria”* o la *“expulsión”* (la puesta en marcha de la primera fase) y finalmente, con la *“prohibición de entrada”* al territorio comunitario durante un tiempo determinado (la sanción por la estancia irregular del inmigrante). Por tanto, la regla general, legalizada (reconocida como obligatoria y comunitaria) por la UE en su Directiva Retorno, es la devolución obligatoria (en ocasiones forzosa) del inmigrante a su país.

El primer artículo a analizar es el 6.5 que legaliza la posibilidad de expulsión de un inmigrante con un procedimiento pendiente de resolución. Dicho procedimiento puede resolverse con una concesión de un permiso de residencia a la persona involucrada, afectando directamente a un derecho fundamental como es el derecho a la circulación y residencia contemplado en el artículo 45.2 de la Carta Europea de DDFF (en adelante Carta) y de forma transversal a derechos fundamentales como la vida familiar. Por tanto, la posibilidad con-

tenida en el artículo 6.5 de la Directiva Retorno contraviene el derecho a la tutela judicial efectiva reconocido en el artículo 47 de la Carta, puesto que el inmigrante puede ser expulsado antes de obtener una resolución judicial.

En el artículo 12 de la Directiva Retorno se recogen las garantías en cuanto a la forma, tanto de una decisión de retorno, como de expulsión, como de prohibición de entrada. En él se establece que deberán ser escritas y fundamentadas. El apartado 3 genera dudas en cuanto al cumplimiento de textos internacionales sobre derechos fundamentales cuando permite la posibilidad de no aplicación del apartado 2 (donde se reconoce el derecho a ser informado en una lengua que entienda el sujeto afectado por una decisión) a determinadas personas. Dicho derecho se encuentra reconocido en el artículo 6.3.a) del Convenio Europeo de DDHH (en adelante el Convenio), se encuentra dentro del Título I, por lo que, siguiendo el artículo 1 del mismo Convenio, no se puede dejar de reconocer dicho derecho fundamental a una persona sometida a la jurisdicción de los Estados firmantes (las personas mencionadas en el apartado 3 de la Directiva están sometidas a dicha jurisdicción). Además de que la no traducción de la decisión podría vulnerar directamente el derecho a un recurso efectivo (art. 13 del Convenio) y a la legítima defensa (art. 6.3b) del Convenio y 48.2 de la Carta). La posibilidad que contempla la Directiva de excluir el reconocimiento de dicho derecho fundamental a los “nacionales de terceros países que hayan entrado ilegalmente en el territorio de un Estado miembro y que no hayan obtenido ulteriormente una autorización o derecho de estancia en él”, conculca el derecho fundamental a la no discriminación recogido en el artículo 14 del Convenio y artículo 20 de la Carta. De la necesidad de contar con traducción en el procedimiento habló el Tribunal Europeo de Derecho Humanos (TEDH). 2012. Sentencia de 5 de Mayo, *Conka v. Bélgica*.

En tercer lugar, el que una decisión que puede afectar directamente a los derechos fundamentales (vida familiar<sup>9</sup>, trabajo, educación...), como es la de retorno o la de expulsión, pueda ser confirmada en vía de recurso por otro órgano que no sea judicial (art. 13.1 de la Directiva Retorno), quebranta derechos fundamentales reconocidos expresamente en numerosos textos internacionales: el artículo 8 de la Declaración Universal de Derechos Humanos

---

<sup>9</sup> Véase CERIANI CERNADAS, P., “La Directiva de retorno de la UE: apuntes críticos desde una perspectiva de Derechos Humanos”, *Anuario Centro de Derechos Humanos*, Chile, n° 5 (2009), pp 85-94.

(DUDDHH) que reconoce el derecho a un recurso efectivo ante los tribunales, el artículo 6.1 del Convenio (derecho a un proceso equitativo) y el artículo 47 de la Carta (derecho a la tutela judicial efectiva). Pero más controvertido resulta el hecho de que tal decisión pueda ejecutarse sin necesidad de que sea resuelto el recurso contra la misma (art. 13.2 Directiva Retorno). Respecto a este último punto ya se pronunció el TEDH en la ya mencionada sentencia *Conka v. Bélgica*.

La Directiva Retorno tampoco garantiza el derecho a la asistencia jurídica gratuita (el artículo 13.4 habla de que los Estados “*velarán*” pero no es obligatorio), incumpliendo lo dispuesto en el artículo 47 de la Carta y el artículo 6.3.c) del Convenio.

Por último, es necesario tener en cuenta lo que implica el artículo 11 de la Directiva Retorno, que establece como obligatoria la imposición de la prohibición de entrada en dos casos, siendo opcional en el resto y estableciendo excepciones en los apartados siguientes. Este artículo significa, que “la imposición de una prohibición de entrada convierte definitivamente el retorno de extranjeros en una medida sancionadora, cuando de evitarse tal previsión cabía considerar las medidas de alejamiento como actos administrativos restitutivos de una legalidad conculcada, fuera por la entrada ilegal o por la permanencia más allá del período autorizado por un permiso de residencia o autorización de estancia. Ello es así porque la prohibición de entrada constituye un ‘plus’ de castigo en manos del Estado que se añade a las acciones dirigidas a volver a la situación previa a la infracción, acción que comprendería fundamentalmente el alejamiento del extranjero”<sup>10</sup>. Este cambio de naturaleza exige un plus en el cumplimiento de las garantías jurídicas y los derechos fundamentales. Teniendo en cuenta que la norma general es la imposición de una prohibición de entrada conjuntamente a la decisión de retorno y que, las tres fases (decisión de retorno, expulsión y prohibición) pueden resolverse en un único acto administrativo o judicial (art. 6.6 de la Directiva Retorno), se exige el respeto a los derechos fundamentales y las garantías jurídicas de forma minuciosa en cualquiera de las tres. Sin embargo, la enumeración de garantías hecha por la Directiva en relación con estas decisiones es escasa,

---

<sup>10</sup> Véase MOYA, D., “La nueva Directiva de retorno y la armonización comunitaria de las medidas de alejamiento de extranjeros”, *Revista de Derechos constitucional europeo*, n° 10 (julio-diciembre, 2008), pp 101-164.

llegando en ocasiones a incumplir las obligaciones derivadas de los derechos fundamentales reconocidos en los textos europeos, e interpretadas por la jurisprudencia del TEDH<sup>11</sup>.

### 3.2. *La medida de internamiento*

Se trata de una medida cautelar de naturaleza administrativa recogida en los artículos 15 a 17 de la Directiva Retorno. En el ordenamiento español es la única medida privativa de libertad de esta naturaleza<sup>12</sup>, habiendo sólo otra medida de naturaleza equivalente pero en el ordenamiento penal, la prisión provisional. Genera ciertas dudas de proporcionalidad el hecho de que para asegurar una posible sanción administrativa se utilice el mecanismo más gravoso del procedimiento penal, ya que este último es usado por la posible comisión de un delito y el primero por la estancia ilegal en el territorio<sup>13</sup>. Resulta además contradictorio como, en el ordenamiento penal se tiende cada vez más a la sustitución de la privación de la libertad por medidas menos lesivas para los derechos fundamentales y menos costosas económicamente, mientras que, al mismo tiempo, en el ordenamiento administrativo se recoge tal privación, por vez primera a nivel europeo, ratificándola como posible medida a adoptar<sup>14</sup>.

Las únicas condiciones que establece la Directiva Retorno para que un Estado pueda ordenar el internamiento de un inmigrante sujeto a la medida de retorno son: la ausencia de medidas menos lesivas, que el internamiento cumpla la finalidad de preparar o ejecutar el retorno y, sólo podrá mantenerse cuando siga existiendo la posibilidad de ejecutar la expulsión. Respecto a la primera condición “*medidas menos lesivas*” es difícil encontrar en el ordenamiento europeo dichas medidas, a pesar de las propuestas de organizaciones, académicos y demás expertos en migraciones acerca de fomentar la coopera-

<sup>11</sup> Otro ejemplo polémico es la posible vulneración al principio de “non refoulement”. SCUTO, F., “Derechos de los inmigrantes en situación irregular”, *Revista de Derechos constitucional europeo*, nº 16 (julio-diciembre 2011).

<sup>12</sup> Véase TARDÍO PATO, J., “Las medidas provisionales en el procedimiento administrativo”, *Revista jurídica de Navarra*, nº 38 (julio-diciembre 2004), pp 113-130.

<sup>13</sup> Véase MARTÍNEZ ESCAMILLA, M., “Análisis del régimen jurídico del internamiento de extranjeros”, *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, nº LXII (2009), pp. 1-25.

<sup>14</sup> Véase GONZALEZ SAQUERO, P., “La Directiva de retorno y el alcance de la armonización del procedimiento de expulsión de extranjeros”, *Papeles de Derecho Europeo e integración regional*, nº 6 (2011), pp 1-16.

ción y el diálogo sobre la base de los derechos fundamentales, el interés de la UE en las mismas parece nulo. En cuanto a la segunda condición baste recordar las estadísticas españolas (en 2011, 13.241 extranjeros fueron internados en los centros de internamiento de extranjeros (CIE) españoles. De ellos, solo 6.825 (el 51,5 %) llegaron a ser finalmente expulsados, según datos ofrecidos el 17 de Abril de 2012 por el portavoz del grupo popular en la comisión de Interior del Congreso de los Diputados).

Estas condiciones, obligatorias para ordenar el internamiento, han de complementarse con una serie de garantías jurídicas. La primera de ellas se recoge en el artículo 15.2 donde se establece que el internamiento deberá ser ordenado por una autoridad administrativa o judicial. Contemplar la posibilidad de que una autoridad administrativa ordene una privación de libertad indica que el internamiento de la Directiva no está concebida como última ratio.<sup>15</sup> Por otro lado, resulta sorprendente como, en el caso de la prisión preventiva de naturaleza penal, se garantiza que sólo un juez podrá ordenar la privación de libertad (debido al carácter lesivo de la misma) y sin embargo, no siendo así en el caso del internamiento para la ejecución de una orden administrativa. En España el artículo 25.3 de la Constitución (CE) establece que “la Administración civil no podrá imponer sanciones que directa o subsidiariamente impliquen una privación de libertad”, debido a las dudas constitucionales que el internamiento de extranjeros como medida cautelar administrativa generaba, el TC en la sentencia 115/1987 declaró que la decisión de internamiento es una decisión judicial y por tanto, no vulneraría el artículo 25.3 CE, es decir, en España el internamiento no podría ser ordenado por una autoridad administrativa pues se considera que no otorgaría las garantías suficientes para la puesta en marcha de una medida tan delicada como es la privación de libertad.

El control judicial es una garantía fundamental para comprobar el cumplimiento de las condiciones del internamiento, por ello es necesario determinar temporalmente cuando es necesario proceder a este control y así evitar perjuicios irreparables al derecho a la libertad. Es por ello que, la indeterminación con la que regula la Directiva este control, con expresiones tales como “control judicial... lo más rápidamente posible”, “intervalos razonables” o “control

---

<sup>15</sup> Véase NIETO GARCÍA, L., “Derechos humanos e inmigración. Europa y la Directiva de retorno”, *Biblioteca Hegoa, papeles de cuestiones Internacionales*, n° 104 (2008), pp 39-56.



*rápido*”, no permite un cumplimiento estricto de las garantías que ponen en práctica el derecho a la libertad.

Por tanto, la Directiva Retorno no recoge estas dos primeras garantías de forma que pueda darse por cumplidos los artículos 9 del Pacto Internacional de Derechos Políticos y Civiles y 5 del Convenio.

La tercera garantía recogida es la duración máxima del internamiento. El artículo 15.5 fija un plazo máximo de 6 meses, prorrogable por 12 meses más. Teniendo en cuenta la jurisprudencia del TEDH en sentencias como caso “Samy v Netherlands”, “Saadi v. Reino Unido” o “Chahal v. Reino Unido”<sup>16</sup>; el Informe del Comisario de Derechos Humanos del Consejo de Europa, el Sr. Tommas Hammar que consideró un plazo de detención de 8 semanas excesivo a estos efectos; así como la contradicción que supone que el Parlamento Europeo hubiera considerado, meses antes de aprobar la Directiva, la duración máxima de 18 meses como excesiva para este tipo de internamiento (De Lucas, J., 2009), el periodo máximo establecido en la Directiva Retorno parece excesivo.

Esta desproporcionalidad queda aún más patente cuando se compara con la duración máxima que el ordenamiento español prevé para la prisión provisional por la posible comisión de un delito. La Ley de Enjuiciamiento Criminal en su artículo 504.2 establece como período máximo para la prisión preventiva con finalidad de evitar una posible fuga del imputado, el de 1 año para delitos con penas de privación de libertad de hasta 3 años, y de 2 años para delitos penados con más de 3 años.

De dudosa concordancia con los derechos fundamentales y garantías jurídicas son las causas que el artículo 15.6 de la Directiva Retorno reconoce para prolongar el plazo de internamiento hasta 12 meses más. La primera de ellas “*la falta de cooperación del nacional de un tercer país de que se trate*” es muy ambigua, dejando abierta la posibilidad de aplicarla a un extranjero por el hecho de estar indocumentado. La segunda de ellas “*demoras en la obtención de terceros países de la documentación necesaria*” es aún más injusta pues permite ampliar el plazo en el que el inmigrante estará privado de un derecho fundamental (la libertad), por razón de la mala gestión o la demora de un Estado. Es injustificable la demora de un Estado cuando de su actividad depende la

---

<sup>16</sup> MOYA, D., “La nueva Directiva...”, *op. cit.*, pp. 141-142, ofrece una mayor información de este aspecto.

libertad de un individuo, pero aún más injustificable recogerlo en una Directiva y descargar la mala actuación del Estado en el afectado, perjudicándole por partida doble.

Si bien es cierto que esta duración máxima en principio sólo afectará a los Estados que carecían de ella, como Dinamarca, Finlandia, Reino Unido, Estonia, Lituania, Países Bajos y Suecia, a la larga puede ser un aliciente para que Estados como el español amplíen la duración de su internamiento, sin mencionar el hecho de que la UE recoja en su legislación una norma claramente desproporcionada.

A estas garantías hay que añadir las que la Directiva Retorno reconoce durante el internamiento. Éstas se recogen en el artículo 16 a lo largo de 5 apartados que abarcan los siguientes temas: en primer lugar que el internamiento se haga en centros especializados. Esta norma resulta muy poco precisa pues no establece las normas mínimas que deben cumplir dichos establecimientos. En segundo lugar, se reconoce la posibilidad de que los inmigrantes entren en contacto con *“sus representantes legales, los miembros de su familia y las autoridades consulares competentes”* en *“el momento oportuno”*, de nuevo cae en la indeterminación de plazos necesarios para garantizar los derechos fundamentales. En tercer lugar, se reconoce *“la atención sanitaria de urgencia y el tratamiento básico de las enfermedades”*, un derecho que ya tenían reconocido antes del internamiento y que por tanto no debe en ningún caso quedar afectado. En cuarto lugar, se reconocen las visitas de organismo y ONGs a los centros de internamiento *“pudiendo estar sujetas a autorización previa”*, de nuevo la Directiva deja sin concretar las condiciones de cumplimiento de dicho derecho. Por último, se recoge el derecho a la información con una frase totalmente abierta a interpretaciones *“recibirán de forma sistemática información”*. Por tanto, el artículo 16 no desarrolla aspectos básicos de las garantías que pretende reconocer, como son los plazos o, alguna mención a normas mínimas de salubridad o alimentación de los establecimientos donde van a ser internados, facilitando el incumplimiento de los derechos fundamentales, muchos de los cuales se olvida de reconocer, como son el derecho a la intimidad, el derecho a la educación, el derecho al trabajo o el derecho de queja. Basta echar un rápido vistazo a las Normas Mínimas de Tratamiento de los Reclusos a nivel internacional, y a nivel europeo a las Recomendaciones del Comité de Ministros a los Estados miembros sobre las Reglas Penitenciarias Europeas de 2006, para concluir que los derechos reconocidos a personas internadas por la comisión de un delito, están mucho más desarrollados y garantizados que los reconocidos a personas

que no han cometido un delito, sino que han sido internados por el hecho de encontrarse sin papeles en la UE.

Esta escasez en el desarrollo de las garantías del internamiento ha facilitado casos como el español y sus controvertidos CIES (Centros de Internamiento de Extranjeros). Baste recordar los numerosos informes y denuncias dirigidas a estos centros por el incumplimiento de derechos fundamentales, como el Informe del Defensor del Pueblo de 2005 y los subsiguientes de carácter anual, así como el Dictamen de la Asociación Española de Derechos Internacionales de los Derechos Humanos (AEDIDH) de 2011 ante el Comité de Naciones Unidas para la eliminación de toda forma de discriminación racial<sup>17</sup>.

Los centros de internamiento para extranjeros europeos también han sido criticados por su carácter marcadamente penitenciario, “en principio los centros son establecimientos públicos de carácter no penitenciario para la detención y custodia de extranjeros que se encuentran en territorio europeo en situación irregular, pero su concepción y funcionamiento hace que funcionen con parámetros similares a los centros penitenciarios, incluso con una regulación más deficiente. Esa indefinición de no ser centros penitenciarios, ni centros de acogida ni algo definido, hace que sean, como ya se ha adelantado, espacios propicios para crear limbos jurídicos en los que los derechos no están claros”<sup>18</sup>. Si a estas críticas unimos el hecho de que la Directiva reconozca en su artículo 16.1 la posibilidad de internar a los inmigrantes ilegales a la espera de un posible retorno (recordemos que sin haber cometido delito alguno), en Centros Penitenciarios, entonces el marcado carácter criminógeno queda patente.

### 3.3. *Interés superior del menor*

La Directiva Retorno reconoce la posibilidad de expulsar a menores no acompañados (art. 10). En el primer apartado de este artículo se recoge la posibilidad de que antes de la misma, el menor sea asistido por los “*servicios pertinentes*” diferentes a las autoridades encargadas de ejecutar la orden de retorno,

<sup>17</sup> Es de destacar al respecto el *Informe sobre los Centros de internamiento de extranjeros en España: régimen vigente y propuestas de futuro*, Abril 2012, elaborado por la Comisión Jurídica del Consejo General de la Abogacía Española.

<sup>18</sup> NIETO GARCÍA, L.C., “Derechos humanos...”, *op. cit.*, p. 49.

“*teniendo debidamente en cuenta el interés superior del niño*”, la ambigüedad de ambas expresiones hacen difícil saber el grado en el que este artículo vincula.

La segunda parte del artículo adolece de la misma ambigüedad, cuando establece que las autoridades de un Estado se “*cerciorarán*”, sin indicación de cómo y hasta qué punto, de que el menor sea entregado a “*un miembro de su familia, a un tutor designado o a unos servicios de acogida adecuados en el Estado de retorno*”, qué se puede entender por unos servicios de acogida adecuados en el Estado de retorno.

La Directiva Retorno también reconoce la posibilidad de internar a un menor no acompañado (art. 17.1). Las escasas garantías con las que estaba recogido el internamiento en la Directiva también son aplicables a los menores no acompañados y, aún más, cuando la Directiva, siguiendo lo recogido en su artículo 5 y en su artículo 17.5 “*respeto al interés superior del menor*”, trata de hacer efectivas algunas garantías específicas para los menores por lo delicado del tema, las hace depender de expresiones como “*dependiendo de la duración de su estancia*” (art. 17.3) para referirse al derecho a la educación de los menores de edad o, “*en la medida de lo posible*” (art. 17.4) para referirse al derecho a contar con establecimientos aptos para menores, quedando el repetido “*interés superior del menor*” en un segundo término.

Esta parte de la Directiva Retorno dedicada a los menores podría vulnerar disposiciones de obligado cumplimiento como la Convención de Derechos del Niño, artículos: 2, en el que se reconoce el interés superior del menor independientemente de su nacionalidad, el 28, que recoge el derecho a la educación del menor y 37 donde se establecen las condiciones de internamiento de un menor. Es por ello que, no sólo ONGs y demás asociaciones dedicadas a salvaguardar los derechos fundamentales, sino también el propio Parlamento Europeo<sup>19</sup> han criticado esta parte de la Directiva. También hay un informe de la Relatora Especial de Naciones Unidas sobre Derechos Humanos de Migrantes, E/CN.4/2003/85, párr. 75.a. en el que se expresa que la detención de los menores debería estar prohibida.

---

<sup>19</sup> Para ampliar información consultar el estudio encargado por este órgano con el nombre de “Steps Consulting Social. The conditions in centres for third country national (detention camps, open centres as well as transit centres and transit zones) with a particular focus on provisions and facilities for persons with special needs in the 25 EU member states”. Bruselas, 12/2007, p. 21. Así como el informe de opinión aprobado por la Eurocámara el 14 de Enero de 2009 sobre la situación de los derechos fundamentales en Europa.

### 3.4. Conclusiones

La firma de Tratados Internacionales sobre la protección de derechos fundamentales, como la Declaración Universal de Derechos Humanos, la Carta Europea de DDHH, el Convenio Europeo de DDHH, la Convención de Derechos del Niño y tantos otros, exige que las legislaciones de los Estados que firmaron dichos Tratados no sólo respeten los derechos fundamentales, sino que también ofrezcan posibilidades a los destinatarios de tales normativas para hacer valer sus derechos, es decir, son necesarias garantías para ejercitarlos.

La Directiva Retorno, como se observa en los considerandos, recoge literalmente el respeto a los derechos fundamentales pero no da el segundo paso, el de garantizarlos para dotarles de eficacia. Si bien es cierto que una Directiva debe otorgar cierta discrecionalidad a los Estados a la hora de legislar, puesto que ofrece un marco general a desarrollar por los mismos, no debe perderse en ambigüedades y términos opacos en cuanto a garantías de derechos fundamentales se refiere. No debe generar dudas de interpretación de preceptos directamente relacionados con derechos fundamentales, debiendo establecer unos mínimos a cumplir por los Estados. Esta laxitud se repite en numerosas ocasiones a lo largo del texto, como por ejemplo en lo referido a la tutela judicial efectiva (arts. 6.5, 8.3, 13.2, 15.2 y 15.3), en la asistencia jurídica gratuita (art. 13.3), o directamente en los derechos fundamentales (art. 14.1). Sin embargo, no ocurre así cuando se trata de legislar los aspectos de mayor dureza hacia el inmigrante, como sucede en el artículo 6 con la obligación de retorno, el artículo 8.6 insistiendo en crear un sistema eficaz de control de retorno forzoso o el artículo 11.1 al recoger la obligada imposición de la prohibición de retorno, en estos casos es nula la flexibilidad de la Directiva.

En otras ocasiones, la Directiva Retorno genera una clara desigualdad de trato, así sucede en los artículos 4.4.a), limitando las garantías a los inmigrantes en frontera, y 6.2 limitando la libre circulación a los inmigrantes ya legales.

Por último, la Directiva Retorno hace depender el cumplimiento de los derechos fundamentales de las condiciones económicas de los Estados miembros, dejado bien claro en qué posición quedan éstos. Los artículos 16.2, 17.3 y 18.1 son ejemplos de esto. Por desgracia, esta práctica de legislar antes de comprobar el presupuesto disponible para garantizar la eficacia de la misma, es habitual.

Por estos motivos, el respeto a los derechos fundamentales se hace depender de la jurisprudencia europea y las legislaciones nacionales, cuando es la normativa europea quien, en este aspecto, ha de servir de ejemplo.

Quizá por estas deficiencias, la Directiva Retorno ha sido criticada tanto desde el punto de vista humano, como desde el económico (supone un costo demasiado alto para la escasa eficacia que tiene)<sup>20</sup>, por instituciones muy variadas: desde organismos Internacionales como la Corte Interamericana de DDHH en Resolución 3/2008, la ONU a través de un comunicado de prensa de 11/07/08 de diez expertos independientes de derechos humanos que forman parte de los Procedimientos Especiales del Consejo de Derechos Humanos, Mercosur en su XXXV Cumbre celebrada en Tucumán, ACNUR o ECRE (Consejo Europeo para Refugiado y Exiliados) y por ONGs y colectivos como: la Asociación Española para el Derecho Internacional de los Derechos Humanos (AEDIDH), la asociación Jueces para la Democracia, juristas Grupo Inmigración y Sistema Penal, Amnistía Internacional o Médicos del Mundo Madrid.

#### 4. CONCLUSIÓN

La manera en que la UE aborda el fenómeno migratorio es doblemente contradictorio.

Por un lado, a pesar de haber firmado textos vinculantes como la Carta Europea de Derechos Fundamentales o el Convenio Europeo de Derechos Humanos, así como la vinculación a la que ella misma se ha comprometido en numerosas ocasiones a textos internacionales como la Declaración Universal de Derechos Humanos, lo cierto es que todo parece quedar en el papel cuando llega el momento de ponerlos en práctica. La UE no garantiza el nivel de protección que la normativa exige, tampoco la que ella misma dice garantizar, en este sentido se ha producido un paso atrás. La UE no parece estar a la altura del nuevo panorama mundial. Este relajo tiene víctimas<sup>21</sup>, recordemos algunos ejemplos recientes<sup>22</sup>: unas 1400 personas perdieron la vida a principios de 2011 tratando de cruzar el Mediterráneo en su intento de huir de Libia, la

<sup>20</sup> Véase SORROZA BLANCO, A., “Crónica de una controversia anunciada: la Directiva europea de retorno de inmigrantes en situación irregular”, *Revista de Estudios Jurídicos*, Jaén, nº 8 (2008), pp 1-10.

<sup>21</sup> Quisiera aclarar que en estos ejemplos no sólo la UE tiene responsabilidades.

<sup>22</sup> Algunos de estos ejemplos están explicados en el Informe 2012: la UE, de la organización Human Rights Watch; ÖZDEM, M., “Por el respeto de los derechos de todos los trabajadores migrantes”, *Cuaderno crítico, CETIM*, Ginebra, nº 9 (octubre 2011), p. 7, también hace una buena enumeración de los mismos.

multitud de romaníes (ciudadanos de la UE) expulsados indiscriminadamente de Francia e Italia, las malas condiciones de detención de inmigrantes en Grecia, los inmigrantes (especialmente mujeres y niñas) víctimas de la trata de seres humanos por redes mafiosas, los inmigrantes africanos sometidos a pésimas condiciones laborales como atestiguan los sucesos ocurridos en Salento (Italia) o las críticas a Alemania desde el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de la ONU, por las malas prestaciones a los solicitantes de asilo. Todo ello unido al auge de partidos extremistas populistas en varios Estados de la UE.

Por otro lado, la UE parece no prestar atención a las víctimas y sí a los intereses económicos, cayendo en la segunda contradicción<sup>23</sup>. La UE legisla en atención a sus intereses económicos, de tal manera que aquellos inmigrantes que no sean trabajadores altamente cualificados, estudiantes o científicos, lo tendrán muy difícil para cruzar las fronteras europeas. De igual modo, el inmigrante que no genere beneficio económico alguno, es una lacra a la que hay que expulsar. Es lícito que la UE se preocupe por mantenerse como potencia económica relevante, en este sentido es lógico que quiera atraer a mano de obra cualificada, sin embargo, este objetivo no puede ser realizado a costa de otros países. De tal manera que la UE debería preocuparse no sólo por lo que considera una amenaza exterior en el terreno económico, sino también por sus propias actuaciones que resultan amenazas a las economías de terceros Estados y que, en muchos casos, están detrás de algunas de las causas de la migración. El sistema económico actual, con unas reglas del juego de dominación-dependencia en función de intercambios comerciales desiguales entre las distintas regiones del mundo, es mantenido por una serie de potencias a las que beneficia esta desigualdad, entre ellas la UE. Ella y otras potencias mundiales, como EEUU o China, se aprovechan de este sistema mantenido por varias instituciones, como el FMI o el BM, a través de programas como los de ajuste estructural que imponen un modelo único de desarrollo, fomentando el dumping, la desregularización de los mercados o la privatización, para que las empresas de estas grandes potencias económicas puedan establecerse en otros países sin trabas. Países que permiten que estas multinacionales produzcan

<sup>23</sup> Véase MARTÍNEZ PIZARRO, J.; REBOIRAS FINARDI, L. y SOFFIA CONSTRUCCI, M., “Los derechos concedidos: crisis económica mundial y migraciones internacionales”, *CEPAL, Serie población y desarrollo*, Chile, n° 89 (2009), pp 1-40.

más barato a costa de un relajo en el cumplimiento de unas normas mínimas, tanto laborales como ecológicas. Cierto es que los Estados tienen cada vez menos poder en este sistema, siendo las empresas las que marcan las reglas del juego (recordemos que de las 100 economías más boyantes, 51 son empresas); sin embargo está en manos de los Estados y Organismos Internacionales el no fomentarlo, el controlarlo acabando con los efectos perjudiciales de este sistema. La UE elabora normativas para controlar la inmigración porque puede perjudicar la economía europea pero, ¿por qué no se preocupa de controlar a sus multinacionales o sus intercambios comerciales internacionales de manera que no atenten contra los derechos fundamentales? No se habla de ayuda al desarrollo sino de justicia, de no ocasionar perjuicios. Estas medidas, entre otras, ayudarían a evitar las migraciones forzosas.

Ante esta doble contradicción hay que recordar la universalidad de los derechos fundamentales y su obligatoriedad. No se trata de una concesión por parte de los Estados sino de algo que corresponde a todas las personas. Por ello, la base de toda normativa, incluida la migratoria, es el respeto y garantía de los derechos fundamentales<sup>24</sup>. Su cumplimiento no puede depender de las condiciones económicas, es más, tampoco deben depender de los Tribunales, y no porque los Tribunales no los garanticen, baste recordar la buena labor del TEDH o el TJCE en este sentido, sino porque es la normativa la que debe anticiparse garantizándolos. La normativa es un reflejo de nuestra sociedad.

Por otro lado, hay que tener en cuenta dos perspectivas: la primera referida al necesario enfoque multilateral. La política migratoria no puede ser unilateral. En Europa se comprendió cómo los Estados no podían dar respuesta por ellos mismos al fenómeno migratorio, por ello la UE tomó cartas en el asunto; de igual manera, se está comprobando como la UE no tiene capacidad para regular ella sola algo tan amplio como los movimientos migratorios. Esto hace que no pueda tenerse en cuenta solamente los intereses de un Estado o grupo de Estados, ya que son muchos los actores implicados en este fenómeno: países y sociedades emisoras, receptoras o de tránsito de la migración y, por supuesto, el propio inmigrante. Esto es así porque el nuevo escenario

---

<sup>24</sup> Véase DE LUCAS, J., “El marco jurídico internacional de las migraciones. Algunas consideraciones sobre la protección de los Derechos Humanos de los inmigrantes. Acerca del Derecho a ser inmigrante”, en MARINO MENÉNDEZ, F., *Un mundo sin desarraigo: El Derecho internacional de las migraciones*, Los libros de la Catarata, Madrid, 2006, p. 29.



mundial hace que los intereses y las acciones estén interconectados y además vayan variando; por tanto, los objetivos sólo pueden conseguirse entre todos. La segunda perspectiva entiende la migración desde un punto de vista holístico. Las causas migratorias son muy variadas, por tanto, no se puede continuar con políticas de parches centradas exclusivamente en la legislación migratoria, sino que deben estudiarse las causas con profundidad y desde todas las perspectivas, lo que hará tomar decisiones que impliquen otras normativas, como la educativa, la económica, la sanitaria, la ecológica...<sup>25</sup>.

Como se decía en la introducción hay una nueva visión de la realidad, una realidad en continuo cambio y expansión; la legislación no puede ser ajena a este hecho. Hay fenómenos sobre los que ya no puede legislarse localmente sino globalmente, tanto desde el punto de vista de las partes involucradas como desde los ámbitos afectados. Se puede seguir regulando los fenómenos internacionales desde los resultados locales, o se puede empezar a regular sus causas globales.

---

<sup>25</sup> En este sentido es muy interesante el artículo de FANJUL, G., “La era de la escasez: población y retos globales”, *Razón y fe* (marzo 2012), pp 235-243.



---

# Reglas constitutivas y racionalidad normativa en la teoría de los hechos institucionales de John Searle

## *Constitutive Rules and Normative Rationality in John Searle's Theory of Institutional Facts*

RECIBIDO: 2013-01-29 / ACEPTADO: 2013-03-25

---

Daniel CONTRERAS RÍOS / José Antonio POBLETE LAVAL

Universidad Católica de Chile / Universidad de los Andes

**Resumen:** En este artículo nos proponemos examinar los supuestos teóricos generales de la ontología social desarrollada por el filósofo norteamericano John Searle. Para ello, expondremos los elementos esenciales de su teoría de las instituciones, a fin de mostrar cómo para el pensador anglosajón las realidades sociales surgen de determinados actos de habla (*speech acts*), haciendo hincapié en el rol especial que en ello cumplen el lenguaje y lo que Searle denomina como intencionalidad colectiva (*collective intentionality*). Esta exposición nos permitirá poner de manifiesto una cierta insuficiencia en una aproximación de esta clase, mostrando la conveniencia, no prevista por Searle, de hacer de la racionalidad (y específicamente de la racionalidad práctica) la fuente última de toda posible normatividad. Con ello, estaremos en condiciones de asumir los desarrollos de una de las más innovadoras teorías sociales del último siglo, para así reconducirlos o reinterpretarlos a la luz de las doctrinas más clásicas sobre la vida en sociedad y el orden moral.

**Palabras clave:** Ontología social, intencionalidad colectiva, normatividad, racionalidad práctica.

**Sumario:** I. Reglas constitutivas y hechos institucionales. II. Normatividad y naturaleza humana. III. Racionalidad en el contexto C.

**Abstract:** In this paper we propose to examine the general theoretical assumptions of the social ontology developed by the American philosopher John Searle. To do this, we will discuss the essential elements of his theory of institutions, in order to show how for the American thinker social realities emerge from certain speech acts, emphasizing the special role that in such a process play the language and what Searle calls 'collective intentionality'. This presentation will highlight a certain deficiency in an approach of this kind, showing the convenience, not envisaged by Searle, to make rationality (and specifically practical rationality) the ultimate source of all possible normativity. With this, we will be able to embrace the developments of one of the most innovative social theories of the last century, in order to bring them back or reinterpret them in the light of the classical doctrines about life in society and moral order.

**Key words:** Social Ontology, Collective Intentionality, Normativity, Practical Reason.

**Summary:** I. Constitutive rules and institutional facts. II. Normativity and human nature. III. Rationality in the context C.

Resulta extraña al moderno espíritu científico la pretensión de formular teorías unitarias de la realidad, que reclamen la capacidad de ofrecer explicaciones omniabarcantes de absolutamente todo lo que es. Si algo nos ha enseñado el desarrollo científico y tecnológico de los últimos siglos es precisamente a desconfiar de todos aquellos intentos simplificadores, que por un

afán quizás legítimo de unidad, desconocen y en último término falsean lo específicamente constitutivo de los distintos ámbitos de que se conforma la realidad. Son tantas las particularidades diferenciadoras a las que una teoría de esta clase debería atender para alcanzar su propósito, que ya de antemano la realización de un proyecto de esta índole se nos presenta como implausible.

Sin embargo, ninguna de estas dificultades ha constituido un obstáculo para que un autor tan renuente a la vaguedad, como lo es John Searle, se haya embarcado en una empresa filosófica de esta naturaleza. Desde la publicación en 1969 de *Speech Acts: An Essay in the Philosophy of Language* hasta sus más recientes publicaciones sobre intencionalidad y racionalidad práctica (como *Rationality in Action* [2001] e *Intentional Acts and Institutional Facts* [2007]), pasando, por cierto, por las numerosas y siempre significativas incursiones en filosofía de la mente (v.gr. *The Rediscovery of the Mind* [1992], *The Mystery of Consciousness* [1997], *Consciousness and Language* [2002], *Mind: A Brief Introduction* [2004]), Searle es un autor que, si bien ha gestado y enmarcado toda su labor intelectual en el marco de la filosofía analítica, se ha distanciado, no obstante, de sus pares anglosajones por concebir la posibilidad de ofrecer una explicación unitaria de la realidad, que abarque, en un gran y continuo movimiento linear, la realidad externa, el hombre, la mente, el lenguaje y la vida en sociedad.

Ha emprendido esta tarea, no obstante, asumiendo ciertas limitaciones epistemológicas que muy conscientemente (para Searle mismo) han condicionado *ex ante* la clase de conclusiones a las que ha arribado. En efecto, Searle desarrolla lo que podríamos llamar una *ontología social naturalista*, que asume como incuestionable la visión global de mundo que nos ofrecen las ciencias experimentales (más específicamente, la visión de mundo que han avanzado algunos de aquellos que se dedican al cultivo de las ciencias experimentales) y pretende, desde y conforme a ella, formular una teoría que permita dar cuenta del origen y naturaleza de toda una serie de fenómenos que, por principio, escapen a un modelo explicativo de esta clase. La pregunta a la que Searle pretende dar una respuesta es entonces la siguiente: ¿Cómo puede haber una realidad social e institucional en un universo que consiste enteramente de partículas físicas y campos de fuerza? ¿Cuál es la ontología o modo de existencia de la realidad institucional? Es precisamente con ocasión de una posible explicación de la índole de este género de objetos y acciones donde el filósofo norteamericano desarrolla su ya bien conocida *teorías de los hechos institucionales*.

En este artículo nos hemos propuesto examinar los supuestos teóricos generales de la ontología social (*social ontology*) desarrollada por John Searle.

Para ello, expondremos los elementos esenciales de su teoría de las instituciones y mostraremos cómo para el pensador anglosajón las realidades sociales surgen de determinados actos de habla (*speech acts*), haciendo hincapié en el rol especial que en ello cumplen el lenguaje y lo que Searle denomina como “intencionalidad colectiva” (*collective intentionality*). Con ocasión de esta exposición general, incursionaremos en una posibilidad interpretativa algo osada –casi a modo de “gimnasia filosófica”– a fin de mostrar cómo la teoría de las instituciones que Searle desarrolla puede muy convenientemente complementarse y enriquecerse con ciertas intuiciones ya longevas de la doctrina clásica del derecho natural. Con ello, estaremos en condiciones de compatibilizar y asumir, en la medida de lo posible, los desarrollos de una de las más innovadoras teorías sociales del último siglo, para así reconducirlos o reinterpretarlos a la luz de las doctrinas más clásicas sobre la vida en sociedad y el orden moral<sup>1</sup>.

## I. REGLAS CONSTITUTIVAS Y HECHOS INSTITUCIONALES

En *Speech Acts: An Essay in the Philosophy of Language* (1969), Searle recoge el que es quizás el axioma fundamental de la moderna filosofía del lenguaje, a saber, que la constitución y el ejercicio del lenguaje necesariamente suponen la sujeción a ciertas reglas. Para estos efectos, introduce una división ya clásica en filosofía del lenguaje, según la cual cabe distinguir entre reglas *regulativas* y reglas *constitutivas*<sup>2</sup>:

<sup>1</sup> Estamos conscientes que un proyecto de esta índole puede muy fácilmente ser calificado de ingenuo, y que pretender unir y conciliar posturas que quizás *a priori* rechazan todo intento de conciliación es una tarea filosóficamente no sólo infecunda, sino inútil. Pero en ningún caso es ese nuestro objetivo. El mismo Searle, y con él muchos otros autores de la misma escuela de pensamiento, manifestarían muy probablemente un rechazo acérrimo a muchas de las premisas y conclusiones que una doctrina como la teoría clásica del derecho natural da por ciertas. Simplemente pretendemos –nuevamente, casi al modo de gimnasia filosófica– mostrar un punto en el que la tradición clásica y la que es quizás la más popular de las teorías contemporáneas de las instituciones, parecen complementarse y enriquecerse mutuamente, a beneficio de ambas.

<sup>2</sup> Para esta exposición cfr. SEARLE, J., *Speech Acts. An Essay in the Philosophy of Language*, Cambridge University Press, Cambridge, 1970 (reimpresión), pp. 33 y ss. Agradecemos a Maris Köpcke Tinturé el habernos hecho ver, por una parte, el paralelismo que existe entre esta distinción de clases de reglas y la ya clásica distinción, introducida por H.L.A. Hart, entre reglas primarias (que imponen obligaciones) y reglas secundarias (que confieren potestades), y, por otra parte, cómo este paralelismo es posibilitado justamente por una reinterpretación o reformulación de los avances hechos por Searle en términos de la doctrina clásica del derecho natural, que es precisamente la hipótesis interpretativa que inspira a este artículo.

i) Son *reglas regulativas* aquellas que regulan una actividad preexistente a las reglas mismas, es decir, reglan acciones cuya existencia es lógicamente independiente de ellas. A esta clase de reglas pertenecen, por ejemplo, las reglas de etiqueta. La expresión formal de una regla de este tipo sería la siguiente: ‘*si X haz Y*’ (por ejemplo, ‘si el semáforo está en rojo, detenga su automóvil’). Es decir, se trata reglas que se imponen sobre una actividad en términos tales que estas pueden describirse con prescindencia absoluta de ellas.

ii) Las *reglas constitutivas*, en cambio, corresponden a aquellas que de plano crean o definen nuevas formas de conducta. Son reglas, en efecto, que atañen a la constitución más íntima de la actividad reglada. Por lo mismo, regulan una actividad cuya existencia es lógicamente *dependiente* de la misma regla. Así, por ejemplo, las reglas del ajedrez no sólo regulan el ajedrez, sino que lo constituyen, lo estructuran. La expresión formal de una regla de este tipo es la siguiente: ‘*X cuenta como Y en el contexto C*’ (por ejemplo, ‘la imposibilidad de mover al rey sin que éste se vea expuesto al dominio del oponente cuenta como jaque mate en el ajedrez’).

La existencia de reglas de esta naturaleza (i.e., constitutivas) aparece de manifiesto si se toman en cuenta determinadas descripciones de hechos que no se podrían llevar a cabo en ausencia de ellas. En este sentido, poseen un carácter cuasi axiológico, pues son a un tiempo regla y definición, esto es, son tanto descriptivas como prescriptivas. Volviendo al ejemplo antes propuesto, en el juego del ajedrez las reglas del jaque mate, a un tiempo regulan y definen el jaque mate.

En este contexto, cuando G. E. M. Anscombe introduce la distinción entre hecho bruto (*brute fact*) y hecho institucional (*institutional fact*)<sup>3</sup>, sostiene en definitiva la existencia de un tipo particular de hechos que no logran ser aprehendidos cabalmente por medio de una mera descripción externa o empírica. Así, por ejemplo, no parece posible ofrecer una descripción acabada en términos que sean meramente físicos o naturalistas de la distinción que existe entre un homicidio y la ejecución de un delincuente practicada por un verdugo en virtud de justa sentencia. En este sentido, existe una inabarcable cantidad de hechos cuya total inteligibilidad escapa o supera los límites de una mera descripción físico-empírica. Y no se puede afirmar, por otra parte, que estos hechos no sean objetivos y reales, pues la constatación de su existencia es no menos cotidiana que evidente.

<sup>3</sup> Cfr. ANSCOMBE, G.E.M., “On Brute Facts”, en *Analysis*, vol. 18, n° 3 (1958), pp-69-72.

Un punto central de la teoría de Searle es que a esta clase particular de hechos pertenecen con propiedad los llamados hechos institucionales. En efecto, resulta imposible llevar a cabo una descripción meramente física de éstos, aún cuando obviamente existen múltiples elementos físicos o externos involucrados en ellos, y que son empíricamente identificables. El hecho institucional es más que su mera descripción externa o empírica; podría afirmarse que es un hecho bruto que, mirado desde el prisma de la institución correspondiente, adquiere una nueva inteligibilidad que su sola constitución física es por principio incapaz de proveer.

Ahora bien, Searle avanza tres nociones que en su parecer resultan imprescindibles para entender la estructura lógica de los hechos institucionales, esto es, para poder distinguir los hechos institucionales como una subclase o especie del género de los (meros) hechos sociales<sup>4</sup>:

i) *Intencionalidad colectiva (collective intentionality)*, que Searle caracteriza como una propiedad en virtud de la cual el hombre (así como otros animales superiores) puede tomar parte en distintas clases de comportamientos cooperativos (como lo son, por ejemplo, tocar un instrumento en una orquesta o ser un jugador de un equipo de fútbol). Es precisamente esta capacidad de intencionalidad colectiva la que para Searle posibilita *a priori* la existencia de sociedades (sean humanas o animales). De hecho, Searle define un hecho social “como cualquier hecho que supone intencionalidad colectiva de dos o más agentes”<sup>5</sup>.

ii) *Asignación de funciones (assignment of function)*, que es la capacidad en virtud de la cual el hombre (nuevamente, así como otros animales superiores) es capaz de imponer funciones a ciertos objetos que intrínsecamente (i.e., por su sola constitución interna) carecen de ellos y que por tanto sólo detentan en virtud de tal imposición.

iii) *Funciones de status (status functions)*, que Searle concibe como una capacidad exclusivamente humana (esto es, que el hombre no comparte con nin-

<sup>4</sup> Para esta exposición cfr. SEARLE, J., *The Construction of Social Reality*, Allen Lane The Penguin Press, London, 1995, sobre todo pp. 31-59 y 113-126. Véanse también los importantes artículos “What is an Institution?”, en *Journal of Institutional Economics*, vol. 1, n° 1 (2005), pp. 1-22 y “Social Ontology: Some Basic Principles”, en *Anthropological Theory*, en vol. 6, n° 1 (2006), pp. 12-29.

<sup>5</sup> SEARLE, J., “What is an Institution?...”, *op. cit.*, p. 6. La traducción de éste como de los otros pasajes de las obras de Searle es nuestra.

guna otra clase de animal), en virtud de la cual el objeto o persona al cual se le impone o asigna una función sólo puede cumplirla, no en virtud de su estructura o propiedades físicas, sino únicamente en razón de la previa asignación *colectiva* de esa tarea específica. Estas funciones o tareas asumen típicamente la forma ya mencionada de las reglas constitutivas, esto es, ‘*X cuenta como Y en el contexto C*’. Searle, consciente de los presupuestos de los cuales ha partido, es muy cauto en precisar la naturaleza de este tránsito, pues afirma que muchas veces no es posible discernir con toda claridad en qué momento exacto termina el objeto físico y comienza la función de status, sino que muchas veces se tratará de una transición gradual.

Ahora bien, cuando el procedimiento de considerar algo ‘*X como Y en un contexto C*’ se regulariza, se transforma entonces en una regla constitutiva de estructuras institucionales. En palabras del mismo Searle:

“La ontología institucional de la civilización humana, las formas especiales en las que la realidad institucional humana difiere de las estructuras sociales y del comportamiento de otros animales, es un asunto de funciones de status impuestas en conformidad a procedimientos y reglas constitutivas. Las funciones de status son el pegamento que mantiene juntas a las sociedades humanas [...] El mecanismo que subyace [a las distintas realidades institucionales] y que las produce es el mismo: la asignación de funciones de status con sus deontologías correspondientes en conformidad a reglas constitutivas [...] Un hecho institucional es cualquier hecho que tiene la estructura lógica ‘*X cuenta como Y en el contexto C*’, donde el término *Y* asigna una función de status y (con muy pocas excepciones) la función de status conlleva una deontología. Una institución es un sistema de reglas constitutivas de la forma ‘*X cuenta como Y en el contexto C*’. Una vez que una institución se ha establecido, provee entonces la estructura dentro de la cual uno puede crear hechos institucionales”<sup>6</sup>.

## II. NORMATIVIDAD Y NATURALEZA HUMANA

Ahora bien, ¿de dónde arranca la normatividad implicada, si no en todos, al menos en la gran mayoría de los hechos institucionales? Utilicemos el ejemplo que Searle mismo emplea: mediante el siguiente acto de habla ‘he aquí que prometo pagar 100 dólares a Juan’, el promitente se ha puesto bajo la obliga-

---

<sup>6</sup> *Ibid.*, p. 9.



ción de pagar lo prometido. Pero ¿cuál es aquí la fuente de normatividad? Es lógico que no puede provenir de la sola articulación de sonidos por medio de los cuales una persona se obliga para con otra. Ni tampoco puede provenir de la mera ilación consistente de palabras, de una sintaxis correcta. La normatividad para Searle proviene, al menos próximamente, de la institución correspondiente de la cual la acción particular es una instancia o realización. Así, en la expresión (*utterance*) del acto de habla se encuentra implícita (dadas ciertas condiciones) una invocación de la institución correspondiente como proveedora de normatividad. De hecho, Searle expresamente señala que lo propio de las instituciones humanas es crear nuevas formas de poder, específicamente de lo que él denomina como *poderes deónticos*:

“La labor esencial de las instituciones humanas y el objetivo de tener instituciones no es constreñir a las personas, sino crear nuevas formas de relaciones de poder. Las instituciones humanas son, sobre todo, posibilitantes (*enabling*), ya que ellas crean poder, pero una clase especial de poder. Es el poder que está indicado por términos como derechos, deberes, obligaciones, autorizaciones, permisiones, requerimientos y certificaciones. Llamo a todos estos *poderes deónticos*. Lo que distingue a las sociedades humanas de otros animales sociales, en cuanto yo puedo determinarlo, es que los seres humanos son capaces de una deontología de la que ningún otro animal es capaz. No todo poder deóntico es institucional, pero toda estructura institucional es un asunto de poderes deónticos”<sup>7</sup>.

De este modo, Searle sostiene que la fuente próxima de la normatividad radica en la institución de la que una determinada acción es instancia o realización. Mediante la institución, en efecto, se comunica al acto concreto el poder deóntico que se originó mediante la asignación colectiva de una función de status a un determinado objeto o persona incapaz de desempeñar tal función en virtud de su sola constitución o propiedades físicas. Y estas estructuras institucionales proveen razones para actuar que son independientes de todo deseo, esto es, independientes de las inclinaciones de un momento concreto:

“¿Cómo funcionan estas relaciones de poder? La respuesta, que nuevamente es esencial para la comprensión de la sociedad, es que las estructuras institucionales crean razones para la acción independientes del deseo. El

---

<sup>7</sup> *Ibid.*, p. 10.

reconocer algo como un deber, una obligación o un requerimiento es ya reconocer que uno tiene una razón para hacerlo que es independiente de la inclinación del momento [...] La creación del campo general de razones para la acción basadas en el deseo presupone la aceptación de un sistema de razones para la acción independiente del deseo”<sup>8</sup>.

La apelación a las instituciones humanas, en este sentido, aparece como una nueva posibilidad, que posee sin duda una serie de ventajas. Por una parte, cuenta con una fuerza argumentativa convincente. En efecto, la distinción entre hecho bruto y hecho institucional muestra, una vez más, cómo la descripción meramente física, externa, no es agotadora de lo propiamente humano. La constatación irrefutable de hechos que llevan una carga normativa intrínseca en su descripción lingüística, permite obtener válidamente el elemento deontológico involucrado, sin necesidad de apelar a un *tertium quid* que en cierto modo cierre la argumentación (sea el acto del legislador, la naturaleza humana, el bien común, etc.). De este modo, las conclusiones obtenidas a través de este método no son sino *exigencias* del puro lenguaje, de la sola descripción lingüística del acto de habla respectivo. Por otro lado, la invocación de la institución permite evadir con plausibilidad la cuestión moral que está siempre involucrada en un enunciado de tipo normativo (como necesariamente lo son aquellos que versan sobre hechos institucionales). En efecto, la mera descripción de un hecho institucional en términos lingüístico-formales no precisa referirse a elementos potencialmente conflictivos, como lo son el bien humano, el fin del hombre o la buena voluntad, para dar razón de su fuerza normativa<sup>9</sup>.

Ahora bien, muy legítimamente podría uno preguntarse qué de la institución provee a un hecho concreto de normatividad; o mejor aún, ¿qué provee a la institución misma de normatividad? Es aquí donde Searle recurre, como en muchas ocasiones, al lenguaje. El surgimiento de lo que él denomina poderes deónticos se debe, en último término, al rol que el lenguaje juega en la constitución de los hechos institucionales. De hecho, una de las razones por las que según Searle la tradición mayoritaria de filosofía política y social resulta inapropiada o inadecuada radica precisamente en que estos autores

<sup>8</sup> *Ibid.*, p. 11.

<sup>9</sup> Algo que, por cierto, encaja perfectamente con el materialismo que *ex professo* sostiene Searle y que le impide incursionar, de un modo filosóficamente serio al menos, en áreas en las cuales muy fácil e inadvertidamente se puede derivar, en su opinión, en la formulación de teorías etéreas y sin ningún sustento científico.

(desde Aristóteles hasta Max Weber) dan el lenguaje por supuesto: asumen el lenguaje como algo ya existente y después preguntan cómo son posibles las instituciones y cuál es su naturaleza y función. “Pero –dice Searle– si uno presupone el lenguaje, se presuponen ya las instituciones”<sup>10</sup>.

El lenguaje no se limita a describir una realidad institucional preexistente, sino que es parte constitutiva de ella. Esto se debe a que una función de status (que es aquello que explica el surgimiento de las instituciones *qua* instituciones) debe ser *representada* como existente a fin de existir realmente, y es precisamente el lenguaje (o un simbolismo de esta clase) lo que provee los medios posibles de representación. Esta representación, en que consiste la asignación colectiva de una función de status, tiene que ser, al menos en un sentido amplio, lingüística o simbólica, pues no hay otra forma de marcar o designar el nivel de la función de status. Searle es inequívoco en esto: “Sin representación, no hay función de status [*No representation, no status function*]”<sup>11</sup>.

Para Searle, el lenguaje cumple al menos cuatro funciones en la constitución de los hechos institucionales:

i) Un hecho institucional sólo puede existir en la medida en que es representado como existiendo y la forma de esta representación es, en un sentido amplio, lingüística: “La simbolización tiene que conllevar los poderes deónticos, ya que no hay nada en los meros hechos físicos que conlleve deontología de suyo. Sin lenguaje, no hay deontología [*No language, no deontology*]”<sup>12</sup>.

ii) Las formas de las funciones de status son casi invariablemente asunto de poderes deónticos, y estos sólo pueden representarse por medio de formas lingüísticas o simbólicas.

iii) La deontología que proviene del lenguaje puede continuar existiendo después de su creación inicial e incluso después de que todos los participantes involucrados han cesado de pensar acerca de la creación inicial. Y esto sólo puede suceder si la obligación es representada mediante medios lingüísticos: “En general se puede afirmar lo siguiente: las sociedades humanas requieren de una deontología y la única forma en que pueden tenerla es mediante el lenguaje. Para repetirlo, sin lenguaje, no hay deontología”<sup>13</sup>.

<sup>10</sup> SEARLE, J., “What is an Institution?...”, *op. cit.*, p. 2.

<sup>11</sup> *Ibid.*, p. 12.

<sup>12</sup> *Ibid.*, p. 13.

<sup>13</sup> *Ibid.*, p. 14.

iv) Una función crucial del lenguaje es el reconocimiento de la institución en cuanto tal: el hecho institucional *presupone* la existencia de una determinada institución. Así, por ejemplo, la descripción ‘hoy se ha concertado el matrimonio entre Juan y Pilar’ describe un hecho institucional, aunque el presupuesto necesario para la actualización de este hecho institucional (y desde donde arranca finalmente su real inteligibilidad) es la institución previa del matrimonio.

Que el lenguaje sea de algún modo necesario para que exista siquiera la posibilidad de normatividad, es algo que nos parece incuestionable. No tan evidente, sin embargo, nos parece hacer del lenguaje la fuente última o causa de la normatividad de un hecho institucional y de la institución de que éste participa, como hace Searle. Es cierto, en efecto, que algún medio lingüístico o simbólico debe necesariamente concurrir en la representación de algo como debido u objeto de deber, mas no se sigue de ello, como pretende Searle, que sean esos medios de representación lingüística la causa de que sea debido u objeto de deber. Dicho de otro modo, y en términos más generales, de la constatación de que algo resulta necesario para explicar o dar cuenta de un cierto objeto o fenómeno, no se sigue lógicamente que ello sea la *causa eficiente* del objeto o fenómeno cuya explicación reclama hacer referencia a él (esto es precisamente en lo que consiste la conocida falacia *non causa pro causa*).

El lenguaje sin duda es necesario para hablar de normatividad, pero es necesario como *condición de posibilidad* de la normatividad, no como su causa u origen. Es un error, en efecto, pretender asignar el status de causa a algo que sólo es condición de un fenómeno determinado (como sería un error, por ejemplo –y creemos que en esto Searle estaría de acuerdo con nosotros–, sostener que la causa del lenguaje radica en los movimientos neuronales que sí son efectivamente necesarios para proferir una locución lingüísticamente articulada).

Para la tradición clásica del derecho natural la carga normativa de que es objeto una institución, y de la cual están permeados los hechos institucionales correspondientes, encuentra su germen u origen en la naturaleza misma del hombre, en su naturaleza racional. La institución participa su fuerza normativa, justamente en la medida en que es ella misma una institución racional. Así pues, cuando de la articulación de una proposición del tipo ‘prometo pagar mil pesos a Juan’, constatamos que ha nacido la obligación de cumplir una promesa, afirmamos que la normatividad ‘generada’ por este acto de habla proviene de la institución de la promesa. Pero la institución de la promesa, dirían estos

autores, sólo es capaz de participar su normatividad en la medida en que es ella misma una institución *racional*.

Una posible vía de diálogo, por tanto, entre la doctrina de estos autores clásicos y la teoría de Searle –que, como mostraremos, no sólo no falsea el sentido de ésta última, sino que la enriquece y complementa– radica precisamente en la incorporación de la categoría de racionalidad en la formación de las reglas constitutivas<sup>14</sup>. Involucrar la naturaleza racional en una regla constitutiva permite dotar de fuerza normativa a la regla misma, y en último término, a la institución, al tiempo que introduce un elemento objetivo, sorteando de esta manera una posible fundamentación consensual o historicista que la podría afectar. El punto complejo al que apunta este estudio consiste justamente en ubicar el lugar que debería ocupar la racionalidad en una regla constitutiva.

No es preciso, a estos efectos, que toda regla constitutiva que forme parte de la estructura de una institución incluya este elemento deontológico (aunque, como veremos, bien podría éste ser el caso; o uno similar al menos, en que muchas de las reglas constitutivas que estructuran la institución respectiva contengan este elemento). Creemos, sin embargo, que es preciso que alguna (a lo menos una) lo incluya y que, por esta vía, sea capaz de impregnar a la institución de la normatividad suficiente. En este sentido, la posibilidad que planteamos consiste en que *el contexto C podría involucrar todo aquello que constituye a un acto como uno propiamente racional*, i.e., en el ejemplo ya señalado de la promesa, que se lleve a cabo sin coacción y libremente, en conciencia de que se está pagando, dentro del plazo acordado o en el que corresponda en justicia, que el objeto prometido sea posible, etc. Mostraremos, en primer lugar, la posibilidad de realizar esta incorporación, para luego mostrar la conveniencia de hacer de la racionalidad la fuente de normatividad de una institución cualquiera.

<sup>14</sup> Aquí –por razones obvias de extensión– no se pretende *demostrar* que toda o siquiera la gran mayoría de las reglas constitutivas deba involucrar este elemento racional. El ejercicio consiste simplemente en profundizar las líneas trazadas por Searle en términos ajenos o extraños al tenor de su doctrina, introduciendo la categoría clásica de racionalidad y probando su consistencia con el resto de la teoría de Searle. La razón que justifica establecer y desarrollar esta hipótesis radica precisamente en que, para autores como Aristóteles o Tomás de Aquino, no podría describirse acabadamente una institución humana, cualquiera que fuese, sin necesariamente incluir el elemento racional en su definición, así como tampoco cabría hablar, en general, de normatividad (i.e., de moral), sin apelar a la naturaleza del hombre, a su naturaleza racional. Hablar de humanidad, en el pensamiento de estos autores, es hablar siempre y necesariamente de racionalidad.

III. RACIONALIDAD EN EL *CONTEXTO C*

Antes de incursionar en el ensayo de la hipótesis planteada, resulta preciso considerar qué debe entenderse (i.e. qué entiende Searle) por *contexto C*, esto es, en palabras del mismo Searle, “¿qué clase de cosas quedan comprendidas bajo la rúbrica ‘condiciones C’?”<sup>15</sup> El mismo Searle lo aclara, con ocasión del ejemplo de la promesa:

“Estas condiciones serán [...] las condiciones necesarias y suficientes para que la articulación [*utterance*] de palabras (oración) constituya la realización [*performance*] exitosa y no defectuosa de un acto de prometer”<sup>16</sup>.

El mayor obstáculo que enfrenta nuestra hipótesis en el conjunto más amplio de la ontología social de Searle, consiste en que los elementos que componen el *contexto C* de toda regla constitutiva son siempre elementos empíricos, es decir, descriptibles externamente en su materialidad física. En otras palabras, involucrar elementos en el *contexto C* que no sean auténticamente empíricos no sería sino traicionar el genuino sentido de la teoría de Searle, lo cual en caso alguno pretendemos. Así pues, del inmenso número de dificultades que genera nuestra propuesta tomaremos este obstáculo como el central, y nos limitaremos a ensayar una posible solución en torno a él.

En este sentido, existe un modo preciso en que debe entenderse la inclusión del elemento racional en el *contexto C*. En efecto, y expresándonos en los mismos términos empleados por Searle, el elemento racional representa una descripción de *aquellas circunstancias o condiciones que deben verificarse de modo que, de la expresión o articulación de un determinado acto de habla (como el del promitente), se adquiera una determinada obligación*<sup>17</sup>.

Este es precisamente el uso que hacemos de la categoría ‘racional’ cuando la introducimos en el *contexto C* de una regla constitutiva. En efecto, cuando

<sup>15</sup> SEARLE, J., “Speech Acts...”, *op. cit.*, p. 178.

<sup>16</sup> *Ibid.*, p. 178.

<sup>17</sup> Este constituye otro punto de importancia fundamental para la correcta comprensión de nuestra hipótesis, a saber, por qué las circunstancias racionales causan efectivamente la adquisición de una obligación y su ausencia lo impide. Sin embargo, esta consideración pertenece ya a una argumentación moral ‘de fondo’, i.e. una argumentación en torno a los criterios materiales bajo los cuales uno adquiere obligaciones morales en general. Por lo mismo, escapa a las consideraciones contenidas en este trabajo, que principalmente se reducen a la descripción formal de ciertos hechos o actos de habla.

establecemos que el contexto en que se debe verificar el pago, o la exigencia del pago, o el acto de habla mediante el cual se adquiere la obligación de pagar lo prometido, es un contexto racional, vemos que no existe contradicción lógica en que éste sea descrito en términos puramente empíricos y externos. La demostración de esta posibilidad hipotética es lo que permite, en último término, salvar satisfactoriamente la coherencia de nuestra hipótesis con lo que Searle exige para todo *contexto C* de una regla constitutiva.

El término ‘racional’ puede ser entendido tanto en un sentido (i) evaluativo como en uno (ii) descriptivo. (i) Se puede, en efecto, considerar como un *máximo*, una regla o medida, o un cierto paradigma con respecto al cual un conjunto particular de condiciones puede hallarse más o menos conforme, de modo que el grado de adecuación o ajuste corresponderá al grado de racionalidad del que participará el conjunto considerado como un todo. Esta sería la *faz evaluativa* del término racional. (ii) Pero ‘racional’ también puede designar las condiciones concretas que constituyen, para un caso determinado, el que algo sea conforme al paradigma ‘racional’; y ésta es claramente una categoría constituida por elementos empíricos. Esta sería la *faz descriptiva* de la categoría racional.

Para explicar más claramente esta cuestión, echemos mano al mismo ejemplo que utiliza Searle para explicar una cuestión similar<sup>18</sup>: pensemos en una calificadora de frutas transnacional que designa con la sigla AAA aquellas uvas que cumplen con un tamaño *t* y con un grado de azúcar *a*. Según el primer sentido (i), la categoría AAA constituye un paradigma evaluativo, pues las uvas pueden ser más o menos AAA. De este modo, la fuerza ilocucionaria de una proposición del tipo ‘esta uva es, sin duda, AAA’, es la de graduar la calidad de la uva. Pero, por su parte, *t* y *a* constituyen (ii) la pura descripción del término, el sentido descriptivo de AAA. De modo que la fuerza ilocucionaria característica de una proposición del tipo ‘esta uva es *t* y *a*’ es la de describir la clase de objeto de que se trata. El punto que busca establecer Searle se basa en lo siguiente:

“El hecho de que dos articulaciones [*utterances*] tengan fuerzas ilocucionarias característicamente diferentes no es suficiente para mostrar que la proposición expresada en la primera articulación [*utterance*] no implica la proposición expresada en la segunda”<sup>19</sup>.

<sup>18</sup> SEARLE, J., “Speech Acts...”, *op. cit.*, p. 136.

<sup>19</sup> *Ibid.*, p. 136.

De este modo, la inclusión del término ‘racional’ en el *contexto C* no supone que existan elementos evaluativos comprometidos en una regla constitutiva. Por ‘racional’, entonces, entendemos todo aquel conjunto de condiciones que permiten que un acto de habla del tipo ‘he aquí que prometo pagar...’ produzca la adquisición de una obligación de pagar lo prometido. Y estas condiciones son todas descriptibles en términos empíricos.

Salvada ya la coherencia mínima de nuestra propuesta en el contexto más amplio de la ontología social de Searle, parece posible ensayar en torno a la *conveniencia* de este movimiento. En su obra *Speech Acts*, al término de su famosa refutación de la ‘ley de Hume’ [*is-ought question*]<sup>20</sup>, y después de aclarar que su ensayo no ha abordado el problema particular de filosofía moral estricta que supone el asunto, Searle cierra su trabajo consignando un par de aseveraciones de carácter ético que merecen, a lo menos, alguna consideración. A partir del análisis que ha desarrollado, Searle repara en un hecho curioso, pues parece que, a pesar de que la promesa es a menudo invocada como ejemplo paradigmático de obligación moral<sup>21</sup>, se trataría en realidad, mirada con más detención, de una obligación que no guarda un vínculo necesario con la moralidad. Examinemos el ejemplo que Searle ofrece para evidenciar su postura:

“Consideremos la siguiente clase muy común de ejemplos. Yo prometo ir a tu fiesta. En la noche en cuestión, sin embargo, simplemente no tengo ganas de ir. Por supuesto yo *debo* ir; al final de cuentas lo prometí y no tengo una buena excusa para no ir. Pero simplemente no voy. ¿Soy acaso inmoral?”<sup>22</sup>.

La respuesta que deja traslucir su análisis es que tal incumplimiento sin excusa no sería *necesariamente* inmoral. Sin embargo, para la tradición clásica del derecho natural la obligación que emana del acto de prometer es claramente una obligación moral; tal vez no sea el ejemplo *paradigmático* (según el calificativo de Searle), pero es un clarísimo caso de obligación moral en el sentido clásico. ¿Cuál es entonces la razón por la que a Searle le parece que no lo sea? El autor no da elementos suficientes como para responder con plena certeza a esta pregunta. Sin embargo, cualquiera que sea la respuesta, ésta pondrá de relieve el dualismo que subyace a una postura de esta clase, consis-

<sup>20</sup> *Ibid.*, pp. 132-136. Véase también el influyente ensayo SEARLE, J., “How to Derive *Ought* from *Is*”, en *The Philosophical Review*, vol. 73, n° 1 (1964), pp. 43-58.

<sup>21</sup> Cfr. SEARLE, J., “Speech Acts...”, *op. cit.*, pp. 188 y ss.

<sup>22</sup> *Ibid.*, p. 188.



tente en aseverar la coexistencia de las instituciones y de la moralidad como ámbitos de la realidad parcelados e inconexos, que en nada suponen o exigen su incumbencia o referencia recíproca.

Pero es precisamente en este lugar donde la introducción del elemento racional en la regla constitutiva estructuradora de una institución, como lo es la promesa, se vuelve crucial. Searle se empeña con insistencia en mostrar que una nota característica de toda institución es su carácter privativamente humano, y esto por una razón específica, ya mencionada: sólo el hombre es capaz de lenguaje. Esta intuición de Searle, ciertamente acertada, comprendida ahora desde la tradición clásica del derecho natural, pareciera ser capaz de destrabar el dualismo existente entre moralidad y ontología social. En efecto, para la tradición clásica el campo de la moralidad se corresponde con el de la racionalidad, de modo que el bien humano no consiste en otra cosa más que en actuar de acuerdo a la razón, en actuar racionalmente. Pero ¿cómo demuestra esto la tradición clásica, a saber, que lo racional es bueno y lo irracional malo? Simplemente no lo hace; es un conocimiento evidente. Que es bueno actuar conforme a la razón y que esto debe ser hecho y procurado, es algo evidente y que, por lo mismo, no admite demostración alguna.

Veamos ahora el ejemplo propuesto por Searle a partir de este modo de entender la cuestión. Quien ha prometido por medio del acto de habla que hemos venido empleando, expresado en un cierto contexto, ha adquirido la obligación de pagar lo prometido. Hagamos entonces operativa nuestra propuesta: hemos apuntado que, para que esto suceda, el *contexto C* en el que tiene lugar aquel acto de habla, debe ser un contexto *racional*. Pero una vez más, ¿qué significa esto? Significa que, para que aquel acto de habla produzca el efecto preciso de situar al promitente bajo la obligación de pagar lo prometido, deben concurrir las condiciones exigidas por la razón para que esto produzca sus efectos, en términos tales que, de otro modo, no se adquiriría obligación alguna. Estas consideraciones se referirán al tiempo adecuado, al lugar, a la capacidad jurídica del promitente y del beneficiario, a las posibilidades físicas y morales de pago, etc. En fin, condiciones que correspondería dilucidar en una investigación de ética material, que, como toda investigación de esta naturaleza, únicamente sería capaz de ofrecer una respuesta precisa para el caso concreto, y sólo formular criterios generales para la mayoría de los casos<sup>23</sup>.

<sup>23</sup> Esta es otra vía para demostrar que la introducción de la categoría ‘racional’ en el contexto C de una regla constitutiva no supone la introducción en ella de elementos evaluativos. En efec-

La pregunta particular de Searle, sin embargo, apunta a otro aspecto, a saber, al cumplimiento posterior de lo prometido y a los aspectos morales comprometidos. Pues bien, el cumplimiento (o la exigibilidad) de una obligación también deberá verificarse en un contexto racional. Lo contrario sería fragmentar la institución de la promesa, volviéndola ininteligible (i.e. en términos tales que quien profiriese el señalado acto de habla no entendería que, por ello, ha adquirido obligación alguna)<sup>24</sup>. En efecto, la regla constitutiva en virtud de la cual se genera la obligación de pagar lo prometido, incluyendo la racionalidad en su definición, no ha podido sino causar la adquisición de una obligación *racional*. Y así, en justicia de la unidad de la institución (toda ella impregnada ya de racionalidad normativa), el carácter racional de la obligación permanece tanto en su adquisición como en su cumplimiento (o, si se quiere, en su exigibilidad). En otras palabras, ya que la institución está toda ella fundada en la racionalidad, lo que se ha adquirido es una obligación *racional*, esto es, una obligación que ha de cumplirse también *racionalmente*.

Por tanto, si una circunstancia relevante se incorpora a la situación concreta e introduce con ello una razón proporcionada para no cumplir la obligación, ésta no puede considerarse sin más como una circunstancia externa al hecho institucional, sino que se incorpora a la regla constitutiva que rige la exigibilidad del pago, excusándolo (o, siendo más precisos en los términos de la ontología social de Searle, se incorpora a la regla que excusa el pago; regla que rige aquella omisión que es, para este caso, el único hecho institucional comprometido). Es decir, es parte de la obligación adquirida el no cumplirla si hay una razón proporcionada que así lo demande. Esa es una condición definida y contemplada por la categoría ‘racional’ para que esa promesa no sea cumplida. Su cumplimiento, por el contrario, no es ya un hecho institu-

---

to, la palabra ‘racional’ designa en este caso una gran generalidad de condiciones que precisa determinación para cada situación concreta. Es decir, cuando decimos, por ejemplo, que para que un acto de habla que normalmente sitúa a quien lo profiere bajo la obligación de cumplir lo prometido, produzca satisfactoriamente este efecto, el objeto prometido ha de ser posible físicamente (pues nadie se obliga a lo imposible), no decimos más que ‘este acto de habla cuenta como asumir una promesa en condiciones racionales’; la posibilidad del objeto es una determinación de la racionalidad para el caso concreto de la promesa. Lo cual podría, ciertamente, concretarse aún más para esta o aquella promesa.

<sup>24</sup> En este sentido, la institución no es un mero agregado de *hechos institucionales racionales*, sino ella misma una entidad estructurada por reglas constitutivas que contienen la categoría de racionalidad en su definición. De esta manera, ella misma es una *institución racional*.

cional, en la medida que no es un hecho racional; es más bien un hecho bruto, ininteligible en sentido estricto a partir de la institución<sup>25</sup>. En definitiva, una respuesta simple al interrogante de Searle sería que no se debe cumplir una obligación cuando el contexto racional excusa o incluso manda que no se cumpla. La respuesta, por lo tanto, no puede ser categórica en uno u otro sentido, es decir, no se predica la inmoralidad ni la rectitud del actuar del sujeto tan sólo por no cumplir lo prometido.

Este razonamiento proviene de entender la institución como un sistema de reglas constitutivas. Pero ellas no son sino la expresión formal de hechos institucionales. De esta manera, un pago irracional o una promesa irracional simplemente no son hechos institucionales (siempre que entendamos el *contexto C* cargado del elemento racional), es decir, no cuentan como arraigados en la entidad misma de la institución y, por lo mismo, no están dotados de normatividad alguna. Cuentan, claro, como hechos brutos. Pero no pueden ser entendidos o inteligidos a través del prisma de la institución. Por lo mismo, la normatividad que pretenden carece de sustento y su exigibilidad se enmarca en el nivel de la pura fuerza bruta, pues no participan de la carga normativa de que los provee la institución (racional).

De esta manera, la introducción de la categoría racional al interior de la regla constitutiva que estructura una institución, elimina la forzada disyuntiva entre obligación y moralidad, pues el elemento tal vez más esencial de la obligación, su fuerza normativa, se encuentra inexorablemente atado al elemento racional. Esta sola razón parece más que suficiente para defender la conveniencia de nuestra propuesta.

La ontología social de Searle así entendida enriquece, por su parte, la comprensión clásica del problema de la normatividad. En efecto, permite a la tradición clásica dar cuenta de forma más acabada y completa de la fuerza normativa de ciertas obligaciones, precisamente en la medida en que ésta arranca de la institucionalidad humana. Si bien para esta particular posición, la normatividad que impregna toda obligación y de la que participan las mismas instituciones, se origina a partir de una disposición o inclinación natural del

---

<sup>25</sup> Obviamente que este hecho será interpretado como el cumplimiento de la promesa, pues tiene aspecto de ello. Pero en estricto sentido se trata de un hecho bruto, que sólo guarda una relación de apariencia con un acto de pago de promesa propiamente tal, a saber, aquél que es exigido por la razón.

hombre al bien humano, a vivir de modo racional, este análisis permite dar cuenta de la adquisición cotidiana de obligaciones en contextos institucionales con mayor nitidez y riqueza. En efecto, el hombre obra ordinariamente y a menudo de modo institucional y, con toda razón, entiende que la fuerza normativa de las obligaciones que pesan sobre él y sobre los que lo rodean, proviene precisamente de la institución humana de la que él es parte o en razón de la cual ha obrado.

Así, la pretensión de describir y justificar acabadamente la obligatoriedad que involucra una promesa, por ejemplo, sin atender al elemento institucional, constituye un análisis, a lo menos, incompleto. El despliegue de lógica normativa con que unimos una regla moral a otra, en una concatenación desde lo particular a lo universal, puede justificar una argumentación tal vez con suficiencia, mas no exhaustivamente. Para un estudioso del derecho natural clásico, la atención a la institucionalidad humana a la hora de fundamentar preceptos morales de manera acabada resulta, pues, ineludible.

\* \* \*

Hemos advertido en la teoría de John Searle un dualismo a la hora de explicar las consecuencias morales comprometidas en el cumplimiento de las obligaciones adquiridas. Este dualismo, sin embargo, puede ser superado mediante la incorporación de la categoría 'racional' al interior de las reglas constitutivas que configuran una institución.

La ontología social de John Searle, por su parte, permite superar también una posible forma de dualismo de que podría ser víctima una cierta concepción de la tradición clásica del derecho natural. En efecto, si bien esta última escuela de pensamiento ha reconocido siempre la importancia fundamental de la institucionalidad humana al momento de dar cuenta del bien humano, no parece tomarla en consideración o siquiera acudir a ella en relación con la génesis de la normatividad (no, al menos, con toda la intensidad con que lo hace Searle). La adquisición de obligaciones morales, y en consecuencia de su fuerza normativa, suele explicarse en la tradición clásica como consecuencia de ciertos actos de la razón práctica que actúan sobre las inclinaciones naturales de un modo que no siempre es del todo claro, mas siempre salvando la orientación de unos y otros a un fin último del hombre (cuya real naturaleza sigue, después de más de veinte siglos, en el limbo de la discusión académica).

La entrada en escena de las instituciones humanas en este proceso de formación de la obligación moral ciertamente mejora las condiciones de la argumentación. La explicación no sólo capta un fenómeno real e indiscutible, sino que además disuelve esta suerte de paralelismo de vías al momento de aproximarse al bien del hombre (i.e., institucionalidad por una parte y moralidad por otra). La institucionalidad humana no sólo es imprescindible para dar cuenta acabada de la compleja realidad socio-política, sino que, junto con ello, en su seno se gestan múltiples formas de normatividad. Se trata, al final de cuentas, de una clara intuición del autor norteamericano, que debiera llevarnos a una reconsideración del papel que en la producción de un cierto tipo de normatividad juegan las instituciones correspondientes de las cuales aquélla brota.



---

# El difícil constitucionalismo hispanoamericano

## *The Uneasy Latin-American Constitutionalism*

RECIBIDO: 2013-03-06 / ACEPTADO: 2013-05-08

---

Joaquín GARCÍA-HUIDOBRO\*

Grupo de Investigación en Filosofía Práctica  
Universidad de los Andes. Santiago de Chile

[jgh@miuandes.cl](mailto:jgh@miuandes.cl)

**Resumen:** El constitucionalismo no es una creación propia hispanoamericana, sino una importación europea y norteamericana. Su implante ha sido particularmente dificultoso, como lo muestra el hecho de que, en dos siglos de vida independiente, esos países han conocido 200 textos constitucionales. En este trabajo se analizan algunas causas históricas de la inestabilidad constitucional de Latinoamérica. Asimismo, se muestra cómo, a pesar del divorcio que en muchos casos existe entre la constitución real y la aparente, y la generalizada falta de confianza en los textos constitucionales, el constitucionalismo ha producido algunos frutos importantes en esa región del mundo. Especial importancia se le atribuye al Derecho Procesal Constitucional, cuyas instituciones están vigentes y son respetadas incluso en países donde la legitimidad social de la ley fundamental es muy limitada.

**Palabras clave:** constitucionalismo; *Scheinkonstitutionalismus*; fidelidad constitucional; rupturas constitucionales; crisis constitucional.

**Sumario.** I. El desarrollo actual del constitucionalismo. II. Lo que la historia puede aportar al constitucionalismo. II.a. El escepticismo constitucional. II.b. La apariencia constitucional. II.c. Las rupturas constitucionales. III. El valor de las constituciones: el caso chileno. IV. Más allá del pesimismo.

**Abstract:** Constitutionalism is not a Latin American creation, but rather a European and American import. Its implantation throughout these region has been particularly difficult, as shown by the fact that in two centuries of independence, they produced over 200 constitutional texts. This paper gives an analysis of some historical causes of this constitutional instability in Latin America. It also shows how constitutionalism has brought about a number of significant results in the region nonetheless, despite the divorce which often exists between the real and the apparent constitution, and the general lack of confidence in Constitutions. A particular importance is ascribed to Constitutional Litigation Law, whose institutions are in force and are respected in countries where the social legitimacy of Constitutions is rather slight.

**Key words:** Constitutionalism; *Scheinkonstitutionalismus*; Constitutional Loyalty; Constitutional Breakdowns; Constitutional Crisis.

**Summary:** I. The current development of constitutionalism. II. What history can contribute to constitutionalism. II.a. Constitutional skepticism. II.b. Constitutional appearance. II.c. Constitutional breakouts. III. The value of constitutions: the Chilean case. IV. Beyond pessimism.

---

\* El autor agradece las observaciones de Maries Köpcke, Lorenzo Peña, Caridad Velarde, Carlos I. Massini, Paul-Ludwig Weinacht, Daniel Mansuy, Hugo Herrera y, muy especialmente, de los dos revisores anónimos de este trabajo. Una primera versión, abreviada, del mismo fue publicada en "Der schwierige hispanoamerikanische Konstitutionalismus", *Rechtsgeschichte* 16 (2010) 40-46.

El constitucionalismo llegó a Hispanoamérica desde los Estados Unidos y Europa, pero, a diferencia de otras importaciones culturales, como la escritura o las universidades, ha tenido allí una vida particularmente azarosa. En este artículo pretendo mostrar (I) el auge que ha experimentado la teoría constitucional en Latinoamérica, haciendo ver, de paso, algunas debilidades de la misma, para luego (II) mostrar la importancia que tiene la atención a la historia a la hora de explicar la carencia de bases sólidas en el constitucionalismo de la Región. Aunque el panorama que emerge de esta descripción no es particularmente alentador, particularmente por la introducción en los últimos años de nuevas modalidades de ruptura constitucional, pretendo hacer ver (III) que el constitucionalismo constituye un aporte importante para la vida jurídica de estos países. Lo haré a la luz del caso chileno, que se tendrá especialmente presente a lo largo de todo este estudio. Unas conclusiones (IV) cierran el trabajo.

## I. EL DESARROLLO ACTUAL DEL CONSTITUCIONALISMO

En las últimas décadas, el derecho constitucional ha experimentado un crecimiento notable en los países de habla hispana. El motor de este incremento probablemente fue la constitución española de 1978, que dio origen a una cuantiosa literatura en la Península<sup>1</sup>. Con todo, en diversos países de Iberoamérica se produjo un movimiento análogo, sea porque, como en Chile (1980), Brasil (1988) o Perú (1993), se promulgaron nuevas constituciones, o porque, como en Argentina, se recibió la doctrina constitucional de otras naciones. Este auge se ha traducido en una incontable cantidad de libros, en revistas constitucionales especializadas, y en una multiplicación de los artículos sobre Derecho Constitucional que se publican en las revistas generales de Derecho. Esta eclosión constitucionalista no solo se produjo en el campo de la ciencia jurídica, sino también repercutió en la actividad forense. Son innumerables los estudios de abogados que mantienen especialistas en Derecho Constitucional, cosa impensable en casi todos los países hace medio siglo, y las cuestiones constitucionales que deben decidir los tribunales se han multiplicado.

---

<sup>1</sup> Cfr. FERNÁNDEZ SEGADO, F. (coord.), *La Constitución de 1978 y el constitucionalismo iberoamericano*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2003.



Si tomamos, por ejemplo, el caso de Chile, constataremos que hasta la década de los ochenta del siglo pasado la actividad constitucional se reducía a los requerimientos de constitucionalidad de la ley que ocasionalmente se hacían a la Corte Suprema, normalmente con resultados decepcionantes. Es más, la propia Corte Suprema chilena había restringido unilateralmente su competencia y se limitaba tan solo a conocer de la inconstitucionalidad de fondo, pero se negaba sistemáticamente a atender a las infracciones de forma que pudieran presentar las leyes, arguyendo que eso significaría violar el principio de la separación de los poderes del Estado. El estatuto mismo de la Constitución era del todo diferente que en la actualidad. A ningún juez chileno se le habría ocurrido resolver un caso mediante la aplicación directa de los preceptos constitucionales: la norma propia de la judicatura era la ley, la Constitución era un documento político dirigido a los legisladores o, en casos muy excepcionales, a los jueces del supremo tribunal. Esta situación también se daba en otros países hispanoamericanos. Hoy, en cambio, la generalización de los recursos constitucionales lleva a que la invocación de esas normas supremas haya pasado a ser un elemento central de la vida jurídica del Continente<sup>2</sup>, sin perjuicio de que probablemente en el resto de los países nunca se llegó a los extremos de pasividad constitucional propios de los tribunales chilenos.

Este auge del Derecho Constitucional ha ido acompañado de algunos fenómenos interesantes. El primero es la apertura de los autores y jueces latinoamericanos a la doctrina extranjera, incluida la de los países anglosajones. Con la excepción de Argentina, esa bibliografía permaneció desatendida por años; ahora, en cambio, es muy estudiada, si bien no siempre resulta aplicable, atendida la diferencia de los sistemas jurídicos. Además, entre las mismas naciones latinoamericanas de habla hispana existe hoy un rico intercambio intelectual, donde la más influyente parece ser Argentina, que tradicionalmente ha mantenido un estrecho contacto con el Viejo Mundo. Con todo, la fuente de la que, en último término, beben los constitucionalistas es la literatura española, que sirve de vía de comunicación para la recepción de ideas jurídicas que vienen de Europa, particularmente de Alemania.

---

<sup>2</sup> Cfr. MEDINACELI ROJAS, G., *La aplicación directa de las normas constitucionales: una mirada en los países miembros de la Comunidad Andina*, Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador, Quito, 2010, Tesis (Maestría en Derecho. Mención en Derecho Constitucional).

Otra característica de este fenómeno de auge del constitucionalismo es el creciente protagonismo de los jueces, que comienzan a adquirir una preeminencia inédita. En algunos países, como Brasil, este papel ha crecido tanto que algunos advierten con temor que ya no hay *una* sino *innumerables* constituciones brasileñas, tantas como intérpretes. El fundamento doctrinario de este protagonismo judicial está dado por las teorías del neoconstitucionalismo.

El ya citado caso de Chile es muy ilustrativo al respecto. Sin perjuicio de la obsecuencia de algunos magistrados, la formación legalista de la mayoría de los jueces chilenos llevó a que, durante el gobierno militar (1973-1990) tendieran a ejecutar dócilmente las normas vigentes. Esta actitud, insisto, no se debía tanto a su obsecuencia política cuanto a la mentalidad en que estaban formados, que respondía a los cánones más estrictos del positivismo legalista. La crítica a la que fueron sometidos después del retorno a la democracia, abrió camino a un cambio completo de los paradigmas, que incluso ha llevado a que, por la vía de la interpretación, se terminen por sobrepasar ciertos principios, como la prescripción, que forman parte de la mejor tradición jurídica de Occidente<sup>3</sup>.

Si hubiera que caracterizar, entonces, la tendencia actual en Latinoamérica, habría que decir que se ha pasado de la primacía de la ley, vigente desde el siglo XIX hasta fines del siglo XX, a la primacía de la Constitución. En la práctica, este se ha traducido en el predominio de los principios sobre las reglas. Para algunos autores, críticos del neoconstitucionalismo, este tránsito no siempre ha significado una ganancia, pues el reemplazo de las reglas por principios puede abrir espacio a la arbitrariedad, particularmente cuando se los entiende de una manera tan creativa que deja al ciudadano desprovisto de la certeza mínima que exige un Estado de derecho<sup>4</sup>. No entraré aquí en esta discusión.

---

<sup>3</sup> Así, por ejemplo, en el doloroso caso de los desaparecidos, una amplia jurisprudencia ha considerado que, como no se encuentra el cadáver, no cabe aplicar la prescripción porque estaríamos en presencia de un “secuestro permanente”. Esa solución, que se funda en un supuesto que todos reconocen que no es efectivo, implica, en los hechos, aplicar con carácter retroactivo la imprescriptibilidad a esos crímenes. Es verdad que hoy la prescripción penal es objeto de una interesante discusión, en cuanto que se pretende establecer la imprescriptibilidad de ciertos delitos particularmente graves. Pero, más allá de la posición que se pueda tener sobre esa idea, no resulta razonable aplicarla con efecto retroactivo a personas que, al momento de cometer determinados crímenes, no podían tener conciencia de esa imprescriptibilidad, o recurrir a ficciones que terminen por hacerla inaplicable.

<sup>4</sup> Véase, por ejemplo, el interesante trabajo de HUMBERTO ÁVILA, *Teoria dos Princípios: da Definição à Aplicação dos Princípios Jurídicos*, São Paulo, 2007.

En todo caso, hay que reconocer que, a pesar de los avances que ha experimentado el constitucionalismo en Latinoamérica, cabe advertir en él algunas deficiencias significativas. La primera es la falta de originalidad y la calidad muy desigual de los trabajos científicos. Quizá ésta sea la consecuencia necesaria de la masificación, pero en todo caso estamos lejos de la época en que las obras constitucionales del siglo XIX (Juan Bautista Alberdi<sup>5</sup> y Jorge Huneeus, por ejemplo<sup>6</sup>) más allá del acuerdo que podamos tener con sus ideas, alcanzaban un mínimo que era muy alto, o de la época inmediatamente anterior, en que los juristas indianos proponían soluciones muy originales para los variados problemas que planteaba la vida en el Nuevo Mundo<sup>7</sup>.

Por otra parte, se echa en falta una mayor atención a la historia y a las condiciones reales de aplicación de las doctrinas y normas constitucionales. Este carácter ahistórico y ajeno a consideraciones sociológicas (para qué decir de las de índole filosófica) contrasta fuertemente con parte de la doctrina constitucional europea<sup>8</sup>. Esta característica se explica tanto por la formación que los constitucionalistas han recibido en sus estudios universitarios como, en algunos países, por el traslado de los esquemas legalistas a buena parte de la teoría constitucional, por más que muchos jueces ya hayan abandonado este modo de proceder<sup>9</sup>.

<sup>5</sup> *Obras completas*, La Tribuna Nacional, Buenos Aires, 1886, 8 tomos

<sup>6</sup> *Obras de Don Jorge Huneeus*, Santiago, Imprenta Cervantes, 1890-1.

<sup>7</sup> Un ejemplo entre muchos: muy poco después del Descubrimiento de América, el Papa y la Corona española reconocieron el carácter personal de los indios. Pero si a partir de este hecho se hubiera deducido que debían recibir igual tratamiento que cualquier europeo, la consecuencia necesaria habría sido su desprotección frente a los abusos de los conquistadores. Por eso, utilizando la analogía se concluyó que debían ser tratadas como personas particularmente necesitadas de ayuda, y se consideró que debía aplicárseles un régimen jurídico especial, a saber, el de los menesterosos o personas miserables de Castilla. Con este régimen, sin perder su condición de vasallos libres, pasaron a gozar de diversos privilegios patrimoniales, procesales y penales, al igual que las viudas, los menores y otros menesterosos de la Península. Los indios no eran menesterosos ni castellanos, pero el modo típico de razonar daba a los juristas del Renacimiento y, particularmente, del Barroco la flexibilidad suficiente como para elaborar soluciones de este estilo, que muestran una particular sutileza jurídica (cfr. DUVE, Th., "La condición jurídica del indio y su consideración como persona miserabilis en el Derecho indiano", en LOSANO, M. (comp.), *Un giudice e due leggi. Pluralismo normativo e conflitti agrari in Sud America*, Università degli Studi di Milano, Milano, 2004, pp. 3-33).

<sup>8</sup> Un claro ejemplo de esta diferencia: BÖCKENFÖRDE, E.-W., *Recht, Staat, Geschichte: Studien zur Rechtsphilosophie, Staatstheorie und Verfassungsgeschichte*, Suhrkamp, Frankfurt a. M., 1991; ID., *Staat, Nation, Europa: Studien zur Staatslehre, Verfassungstheorie und Rechtsphilosophie*, Suhrkamp, Frankfurt a. M., 1999.

<sup>9</sup> Si se examinan algunos conocidos tratados de Derecho Constitucional chileno (Nogueira, Andrade, Silva Bascuñán, Evans), se podrá constatar que la presencia de la historia y la sociología

Cabe afirmar, además, que el desarrollo experimentado por la doctrina constitucional hispanoamericana de los últimos treinta años coincide con una crisis de fundamentación. En efecto, esos estudios no explican las condiciones de posibilidad de las experiencias constitucionales exitosas, ni las causas de la volatilidad de unas constituciones que, a partir de la venezolana de 1811, no han dejado de sucederse (los veinte Estados hispanoamericanos han conocido 200 constituciones en estos últimos dos siglos)<sup>10</sup>; ni muestran cuál es la imagen del hombre que está detrás de los textos; ni aclaran por qué las constituciones, por lo general, se han mostrado tan ineficaces para prevenir las rupturas del orden constitucional que han sido tan frecuentes en los 200 años de vida independiente de las naciones latinoamericanas, o por qué los cambios constitucionales se suceden con tan pasmosa frecuencia: Venezuela ha tenido 8 constituciones en los últimos 90 años, Bolivia 7, Brasil y Ecuador 5, además de un sinnúmero de reformas<sup>11</sup>. Tampoco parece preocuparles excesivamente las notorias diferencias que existen entre los textos escritos y la constitución real de esos países. Por ahora, esa crisis no parece inquietar mucho a los constitucionalistas, pero que no por eso deja de ser importante, por lo que, en lo que sigue, esbozaré algunas ideas que tienen estrecha relación con esas carencias que me parece advertir en buena parte de los estudios constitucionales, particularmente en mi país, Chile.

## II. LO QUE LA HISTORIA PUEDE APORTAR AL CONSTITUCIONALISMO

Si las dificultades de fundamentación de nuestra teoría constitucional tienen que ver, al menos en parte, con una falta de atención a la realidad histórica en la que esos textos pretenden aplicarse, parece importante, entonces, hacernos una pregunta: ¿qué podría aportarle una mirada histórica a una ciencia constitucional que tiende a prescindir de ella? El tema es muy amplio, pero he querido mostrar tres aspectos donde esa contribución resulta más clara.

---

es en ellos muy escasa. Su modo de razonar se acerca mucho más al propio de un manual de Derecho Civil que al que hallamos en autores como Dicey, Carl Schmitt, etc.

<sup>10</sup> “La poca duración de las constituciones [...] impide el surgimiento de un sentimiento constitucional entre los ciudadanos” (HAKANSSON NIETO, C., *La forma de gobierno de la Constitución peruana*, Universidad de Piura, 2001, 108).

<sup>11</sup> Antes de 1920 Venezuela había tenido 15 constituciones, Bolivia 11, Brasil tan sólo 2 y Ecuador 13.

II.a. *El escepticismo constitucional*

El primer aporte que puede entregar una adecuada formación histórica tiene que ver con la actitud psicológica con la que se enfrenta el texto mismo constitucional. Hannah Arendt ha destacado su sorpresa cuando, al llegar a los Estados Unidos como exiliada, descubrió muy pronto que el papel de la Constitución en ese país era muy diverso del que ella había conocido en Europa. En particular, llamó su atención el hecho de que en Norteamérica existía una consideración cuasi religiosa del texto constitucional. Algo así aparecía como impensable para un europeo, pues los ciudadanos del Viejo Mundo acostumbraban a ver en ella poco más que un papel, por muy importante que fuera.

Los países hispanoamericanos heredaron el escepticismo europeo frente al texto constitucional. La razón que explica esa diferencia de actitudes entre el norte y el sur del Continente americano es, como sucede con frecuencia, histórica. En los Estados Unidos, la aprobación de su primer y único texto constitucional (1787) coincide con el proceso de fundación del Estado. En ese sentido es explicable que dicho texto sea objeto de una especial veneración, pues acompaña a todo el ritual que es propio de la naciente República. Ella se origina en un momento muy particular, cuando acababa de concluir exitosamente, en 1783, la guerra de independencia y el patriotismo dominaba los espíritus, sumado a la *fairness* característica de esas gentes, que las mueve a respetar cuidadosamente las reglas del juego. En Hispanoamérica, en cambio, aparte de no existir algo semejante a la *fairness*, la Constitución que fuera vino, en cada caso, a regular la vida de unas naciones que ya existían desde hacía siglos (Colombia, Perú, Chile, etc.). Como dice Bernardino Bravo,

“Estos nuevos Estados de ultramar, constituidos al igual que los viejos Estados europeos de la época bajo una forma jurisdiccional, se incorporaron sin problemas a la monarquía múltiple española. Esa monarquía estaba constituida por una pluralidad de Estados, distintos entre sí, pero unidos permanentemente bajo un monarca común”<sup>12</sup>.

¿Es imposible, entonces, que las naciones que no tienen la experiencia norteamericana puedan llegar a experimentar una veneración por la Constitución semejante al país del Norte? Sí y no. En Europa, por ejemplo, hay países que se

<sup>12</sup> BRAVO, B., *Constitución y reconstitución. Historia del Estado en Iberoamérica (siglos XVI al XXI)*, Abeledo Perrot-LegalPublishing, Santiago, 2010.

caracterizaron en su historia por cierta distancia crítica respecto a la Constitución pero que hoy la tratan con un enorme respeto. El caso típico es el de Alemania, donde la Ley Fundamental de Bonn (1949), que en un principio carecía de grandes pretensiones, como su propio nombre lo indica, es objeto de un respeto muy particular. El concepto mismo de “fidelidad constitucional” (*Verfassungstreue*) que se exige de los funcionarios públicos (en un país donde hasta los profesores y docentes de escuela tienen ese carácter) resulta ajeno e incluso sorprendente para la tradición hispanoamericana<sup>13</sup>. En este continente, si bien se pide a las autoridades que no transgredan los límites de la Constitución, jamás se expresa esa exigencia con un vocabulario semejante, que en el mundo hispanoparlante solo se usa para caracterizar las relaciones familiares más íntimas u otras vinculaciones muy particulares. Pero el caso alemán, en cierto sentido, tiene alguna semejanza con el norteamericano, ya que la Ley de Bonn coincide con una refundación del Estado y su orden político tras la catástrofe de la Guerra Mundial y su derrota militar. De esta manera, se dio origen a un “patriotismo constitucional” (en expresión de Dolf Sternberger: *Verfassungspatriotismus*) muy singular<sup>14</sup>.

En menor medida, también en España existe un respeto por la Constitución que no corresponde a la actitud que históricamente los españoles han mostrado ante ella. Todavía en 1974, podía decir un autor: “España no ha tenido, si se prescinde de la apasionada y muchas veces irracional valoración de la Constitución de Cádiz por parte de los primeros liberales, un “sentimiento constitucional” intenso”<sup>15</sup>.

Pero aquí también hay que tener en cuenta las circunstancias únicas del postfranquismo, y el enorme acuerdo de las fuerzas políticas en torno al texto que debía proporcionar las bases para una transición pacífica a la democracia.

Lo ejemplos señalados muestran, entonces, que el aprecio por las constituciones no siempre constituye una característica innata de ciertas mentalidades, sino que también puede ser un hábito adquirido. Si pudo surgir en España, no es del todo impensable que también crezca en alguna de las jóvenes naciones hispanoamericanas.

<sup>13</sup> Cfr. SCHRADER, H.H., *Rechtsbegriff und Rechtsentwicklung der Verfassungstreue im öffentlichen Dienst*, Duncker und Humblot, Berlin, 1985.

<sup>14</sup> MAICHEL, A., *Das Konzept des Verfassungspatriotismus - Dolf Sternberger: Dolf Sternbergers Antwort auf die Suche nach einem Identitätskonzept für die Deutsche Nation*, Grin-Verlag, München, 2003.

<sup>15</sup> FERNÁNDEZ CARVAJAL, R., “España ante el Derecho Constitucional”, en ID., *El lugar de la ciencia política*, Editum, Murcia, 1981, p. 379.

## IIb. *La apariencia constitucional*

El escepticismo constitucional latinoamericano tiene manifestaciones sorprendentes para quienes lo observan con ojos europeos o norteamericanos. Para descubrirlas, sin embargo, es necesario atender nuevamente a la historia. Pensemos, por ejemplo, en el caso de Chile, que es un país que alcanzó una relativamente pronta estabilidad tras la Independencia (1818). Esa estabilidad se dio con la llamada república conservadora (1830-1861), que puso fin a diversos experimentos constitucionales y se plasmó en la Constitución de 1833. Este texto recogió, sobre bases republicanas, la herencia política de la monarquía, fortaleciendo la figura del Presidente de la República que, en los hechos, pasó a ser un monarca temporal y electivo. Varias son las figuras más relevantes de todo ese período, pero difícilmente se podrá negar la influencia de Diego Portales (1793-1837), el ministro que pretendió imponer el ideal de un gobierno fuerte e impersonal. Uno pensaría que un régimen tal se caracterizaría por su respeto a la Constitución y las leyes. Sin embargo, en su famosa carta a Antonio Garfías, Portales no tiene pudor alguno para escribir cosas como las que siguen:

“Con los hombres de ley no puede uno entenderse; y así ¿para qué ¡carajo! sirven las constituciones y papeles, si son incapaces de poner remedio a un mal que se sabe existe, que se va a producir y que no puede conjurarse de antemano, tomando las medidas que pueden cortarlo? *Pues es preciso que el delito sea infraganti.*

En Chile la ley no sirve para otra cosa que no sea para producir la anarquía, la ausencia de sanciones, el libertinaje, el pleito eterno, el compadrazgo y la amistad. Si yo, por ejemplo, apreso a un individuo que sé que está urdiendo una conspiración, violo la ley. ¡Maldita ley, entonces, si no deja al brazo del Gobierno proceder libremente en el momento oportuno! Para proceder, llegado el caso del delito *infraganti*, se agotan las pruebas y las contra pruebas, se reciben testigos, que muchas veces no saben lo que van a declarar, se complica la causa y el juez queda perplejo. Este respeto por el delincuente, o presunto delincuente, acabará con el país en poco tiempo. El gobierno parece dispuesto a perpetuar una orientación de esta especie, enseñando una consideración a la ley que me parece sencillamente indigna.

Los jóvenes aprenden que el delincuente merece más consideración que el hombre probó; por eso los abogados que he conocido son cabezas dispuestas a la conmiseración en un grado que los hace ridículos. De mí sé decirle que

con ley o sin ella, esa señora que llaman la Constitución, hay que violarla cuando las circunstancias son extremas. Y ¡qué importa que lo sea, cuando en un año la parvulita lo ha sido tantas veces por su perfecta inutilidad”<sup>16</sup>.

Difícil sería imaginar a John Adams o Thomas Jefferson diciendo cosas semejantes ni aún en el más privado de sus intercambios epistolares. Se podría decir, en su descargo, que se trata de un hombre de acción, carente de pretensiones intelectuales, y que, además, está escribiendo una carta personal. Pero, aunque eso sea verdad, sus afirmaciones no dejan de resultar sorprendentes.

¿Cómo entender que un supuesto defensor del orden pueda tener tal desprecio por la Constitución? Una explicación posible es atribuir esas palabras tan sólo al cinismo de Portales. En este caso, su interés no consistiría en salvar al país de la anarquía, que por entonces envolvía al resto de las naciones hispanoamericanas, por la vía de establecer el imperio de la ley, sino tan solo asegurar el predominio de un grupo social (los conservadores) sobre otro (los liberales), utilizando la legalidad como un instrumento más de dominación.

Sin embargo, también cabe pensar que el orden político entonces vigente en Chile no se apoyaba en la misma y, por tanto, no resultaba particularmente grave violar la letra de un texto constitucional cuya substancia no se hallaba en los papeles sino en la realidad social e histórica. ¿Qué era, entonces, la Constitución? Los autores han dado respuestas muy diversas. Aquí me interesa destacar la que entregan quienes hablan del *Scheinkonstitutionalismus*<sup>17</sup>, distinguiendo entre una constitución real y otra que es mera apariencia. Así las cosas, la Constitución real es muy distinta de la que aparece en los papeles. La primera es la que rige, la segunda es solo decorativa, un homenaje que el autoritarismo rinde al valor de la democracia liberal<sup>18</sup>. ¿Sucedió eso en el caso chileno? Resulta difícil creer que la Constitución de Chile haya sido, o sea, una

<sup>16</sup> *Epistolario Diego Portales* vol. II (1833-1837) [edición a cargo de C. Fariña Vicuña], Santiago de Chile 2007, 589-590. Siguiendo el texto de la primera edición de las cartas, pongo “indigna” al final del segundo párrafo, en vez de “indígena”, que parece ser un error de la edición de Fariña.

<sup>17</sup> BRAVO, B., “Entre dos constituciones, histórica y escrita. *Scheinkonstitutionalismus* en España, Portugal e Hispanoamérica”, *Quaderni Fiorentini*, 27 (1998), pp. 151-167. Ya Loewenstein decía que “Iberoamérica continúa siendo, tanto antes como ahora, el terreno tradicional en el que se asienta la constitución nominal” (LOEWENSTEIN, K., *Teoría de la Constitución*, Ariel, Barcelona, 1976, 220 [trad. A. Gallego]), aunque reconocía algunas excepciones (Uruguay, Costa Rica, etc.).

<sup>18</sup> Así lo dice WEBER, M. a propósito de Rusia: “Rußlands Übergang zum Scheinkonstitutionalismus”, en WEBER, M., *Gesammelte politische Schriften*. Hrsg. von Johannes Winkelmann. 5. Auflage, Tübingen: J. C. B. Mohr (Paul Siebeck), 1988 (1. Auflage 1921), 84.



mera máscara para guardar ciertas apariencias, pues en muchos aspectos fue pacíficamente aplicada a lo largo de décadas. Entonces, ¿cómo entendieron los conservadores chilenos de la década del 30 del siglo XIX el papel de la Constitución? Nuevamente es Diego Portales quien, con su habitual claridad, nos da la respuesta. En su famosa carta a José M. Cea (marzo de 1822), afirma que la democracia está muy bien, pero una vez que estos pueblos hayan alcanzado la cultura suficiente:

“La Democracia, que tanto pregonan los ilusos, es un absurdo en los países como los americanos, llenos de vicios y donde los ciudadanos carecen de toda virtud, como es necesario para establecer una verdadera República. La Monarquía no es tampoco el ideal americano: salimos de una terrible para volver a otra y ¿qué ganamos? La República es el sistema que hay que adoptar; ¿pero sabe cómo yo la entiendo para estos países? Un Gobierno fuerte, centralizador, cuyos hombres sean verdaderos modelos de virtud y patriotismo, y así enderezar a los ciudadanos por el camino del orden y de las virtudes. Cuando se hayan moralizado, venga el Gobierno completamente liberal, libre y lleno de ideales, donde tengan parte todos los ciudadanos. Esto es lo que yo pienso y todo hombre de mediano criterio pensará igual”<sup>19</sup>.

Naturalmente, no resulta aceptable reducir el entero pensamiento conservador chileno sobre las constituciones y la democracia a la figura de uno de sus políticos, el “terrible hombre de los hechos”, como se lo ha llamado<sup>20</sup>, ni pretender que ese movimiento tiene una uniformidad de la que, en realidad, carece. De todas formas, se trata de una cuestión importante, cuya respuesta última aún no se ha dado.

En otros casos, no se trata de que la Constitución sea violada, sino de que sus reformas son tan constantes que resulta difícil pensar que allí exista realmente una Constitución, en el sentido de una norma suprema que está más allá de las disputas políticas ordinarias. El caso paradigmático es el de Brasil, cuya Constitución de 1988 ha experimentado, en promedio, más de una reforma por semestre. Se trata de una norma tan extensa, y que incluye tan diversas materias, que gran parte de las iniciativas políticas que se impulsan suponen una reforma constitucional como condición para llevarse a

<sup>19</sup> Epistolario Diego Portales, 8.

<sup>20</sup> BRAVO, B., *Constitución y reconstitución*, 169.

cabo. El cambio constitucional se transforma así en un medio ordinario del quehacer político.

Tenemos, entonces, que es posible que el marcado escepticismo constitucional que reina en los países latinoamericanos no sea más que la otra cara de la convicción de que las constituciones no se hallan en el papel, sino en otro lugar, a saber, en el orden efectivamente vigente en esas sociedades. Si es así, el término “Constitución” habría que emplearlo en su sentido más original, tal como aún hoy hablamos de la buena o mala “constitución física” de una persona<sup>21</sup>.

### II.c. *Las rupturas constitucionales*

Otro aspecto que es digno de considerar en la vida política y jurídica latinoamericana es el de las tipologías que revisten las rupturas constitucionales. De partida, se da la paradoja de que muchos cambios políticos muy relevantes se realizan sin cambiar al mismo tiempo la Constitución. Es el caso contrario al de los constantes cambios de Brasil, que se acaba de mostrar. Aquí el ejemplo típico es el de Argentina, donde a partir del derrocamiento de Perón se sucedieron regímenes políticos muy diferentes sin que la Constitución fuera alterada. De hecho, lo que se hizo en 1957 tras el fin del régimen peronista, fue volver al texto de la Constitución original, de 1853, con una adición relativa a los derechos sociales. Esto puede suceder cuando el orden político es roto de modo “lateral”, es decir, por un golpe de Estado que llevan a cabo los militares, que entran a la política desde fuera, con la pretensión de resolver alguna crisis<sup>22</sup>.

Otras veces, en cambio, el orden se rompe “desde abajo”, por la vía revolucionaria. Cuando nos hallamos en presencia de una revolución, como la mexicana, el cambio constitucional parece inevitable. Ya Lenin advertía que no se puede hacer una tortilla sin quebrar huevos. Tal fue el caso de México en 1917. Sin embargo, en Latinoamérica las cosas pueden ser diferentes a como las imaginaba Lenin, pues cabe la posibilidad de que los revolucionarios no

<sup>21</sup> Cfr. MOHNHAUPT, H., “Verfassung I”, en KOSELLEK R. (Redaktor), *Geschichtliche Grundbegriffe: Historisches Lexikon zur politisch-sozialen Sprache in Deutschland*, Klett-Cotta, Stuttgart, 1990, 831-862.

<sup>22</sup> Cfr. REYES ALVAREZ, J., *Ars Regnandi Regierungsstabilität und Herrschaftskrisen in Iberoamerika. Am Beispiel von Argentinien und Chile*, Peter Lang, Frankfurt a. M., 2003.

se tomen la molestia de cambiar unos textos constitucionales que nunca han tenido efectiva vigencia y, por tanto, no constituyen un obstáculo para la transformación radical de la sociedad. Así, la triunfante revolución en Cuba sólo en 1975 dictó una Constitución, y la Nicaragua sandinista mantuvo el texto constitucional de 1974. Vemos que, en uno y otro caso, los textos permanecen no obstante haberse alterado el régimen por completo, lo que muestra que estamos en presencia de constituciones puramente aparentes.

Con todo, no sólo hallamos rupturas laterales y desde abajo. En los últimos años, se ha producido en Latinoamérica una situación bastante peculiar, que consiste en la lesión constitucional que se lleva a cabo “desde arriba”. Esto significa que ciertos gobernantes que han accedido al poder por medios legítimos, una vez en él, consiguen alterar el sistema desde dentro, vaciando a la Constitución de su contenido original. Guardando las distancias, es el modelo que siguió Adolf Hitler en Alemania para violentar el contenido de la Constitución de Weimar. También Salvador Allende, con sus “resquicios legales” pretendió utilizar el ordenamiento burgués para llegar al socialismo.

La lesión del ordenamiento constitucional “desde arriba” es un fenómeno muy distinto de los que vimos antes. No es el *Scheinkonstitutionalismus*, ni el tradicional golpe militar, ni tampoco la revolución que destruye todo. No se lleva a cabo en un momento ni de manera brusca, sino por un conjunto de medidas que se ejecutan gradualmente. Para tales efectos se aprovechan mayorías parlamentarias circunstanciales, o se consiguen esas mayorías por medios particularmente discutibles, como el cohecho o la amenaza. Tarea de los historiadores será determinar exactamente cómo se produjeron estos cambios, qué antecedentes tienen y cómo ciertas experiencias “exitosas”, como la de Hugo Chávez en Venezuela (1999-2013), movieron a que también otros gobernantes siguieran su ejemplo (Rafael Correa en Ecuador, Evo Morales en Bolivia, e incluso, aunque en menor medida, Cristina Fernández de Kirchner en Argentina)<sup>23</sup>. Un rasgo típico de estos procedimientos es el cambio del texto fundamental con el fin de facilitar la reelección presidencial más allá de los límites establecidos por el sistema jurídico.

---

<sup>23</sup> Aunque hay ciertas semejanzas en la forma de operar, la meta que persiguió el régimen de Salvador Allende fue llegar al mismo socialismo de Cuba y los países de más allá de la Cortina de Hierro, en cambio en el caso de los presidentes Chávez, Morales y Correa la meta permanece mucho menos definida.

Un aspecto especialmente interesante de considerar es la influencia de una determinada circunstancia histórica como condición de posibilidad de estas prácticas irregulares. ¿Cómo explicar que, en el transcurso de muy pocos años, el ejemplo del régimen de Chávez se haya multiplicado, y sean varios los gobiernos que rompen o al menos hacen mutar la Constitución “desde arriba”, sin que ella pierda su vigencia desde el punto de vista formal? Esto nos lleva a la peculiar situación que se produjo en Latinoamérica en la década de los ochenta del siglo XX, cuando acabó el último de los gobiernos militares, el chileno, pocos meses después de la caída del Muro de Berlín. Antes habían terminado los gobiernos militares de Uruguay y Argentina (en este caso tras la derrota de las Malvinas).

En ese momento, se difundió una convicción generalizada en orden a que ya no iban a repetirse las intervenciones castrenses que habían marcado la vida política latinoamericana por más de 150 años. Al rechazo que siempre habían tenido algunos grupos políticos por los regímenes militares, se sumó el problema de las violaciones a los derechos humanos en el marco de la lucha antisubversiva<sup>24</sup>. Todo esto llevó a un generalizado “¡nunca más!”, que privó de sustento a cualquier posibilidad de un golpe de Estado en los países latinoamericanos más influyentes<sup>25</sup>.

Este nuevo clima político, que en un principio debía traer consecuencias muy positivas para la estabilidad democrática de la región, tuvo, sin embargo, un efecto inesperado. En efecto, los gobernantes populistas se encontraron con la vía libre para llevar a cabo su intento de transformación ilegítima de los regímenes políticos. Por esta vía han llegado a acrecentar su poder hasta niveles que, en épocas precedentes, eran exclusivos de los gobiernos de facto. Hasta ese entonces, sobre cualquier gobernante latinoamericano pesaba la amenaza de que, si se extralimitaba, sus opositores iban a acercarse a los cuarteles a pedir ayuda a los militares, tanto de izquierda como, con mayor frecuencia, de derecha. Naturalmente era un mecanismo muy peligroso, ya

<sup>24</sup> Sobre este tema: *Nunca más. Informe de la CONADEP* [Comisión nacional sobre la desaparición de personas] (Argentina, 1984); *Informe de la Comisión Nacional de Verdad y Reconciliación* (Chile, 1991).

<sup>25</sup> Los historiadores tendrán que determinar con mayor detalle las causas de ese inédito clima político. En todo caso, cabe pensar que la derrota de los socialismos reales hizo desaparecer cualquier justificación para regímenes militares que, como el chileno, el argentino y el uruguayo, se apoyaban en la necesidad de enfrentar la amenaza que representaban los movimientos de inspiración marxista, particularmente aquellos que habían elegido la lucha armada.

que la determinación de qué actos significaban una trasgresión de los límites aceptables podía llegar a ser particularmente caprichosa. Sin embargo, esta amenaza actuaba como un cierto freno ante los populismos de distinto signo político.

Aunque innumerables veces se abusó del recurso al derrocamiento, la idea de que el pueblo o alguien a su nombre puede deshacerse de los malos gobiernos es muy antigua en el mundo hispano, pues se remonta al siglo VII con la fórmula de san Isidoro de Sevilla “Rex eris si recte facias, si non facias, non eris”<sup>26</sup>, que se tradujo, en la tradición hispánica, en el grito “Viva el rey, muera el mal gobierno”, que se oyó muchas veces tanto en los reinos de la Península como en América<sup>27</sup>. Desaparecido el peligro de los golpes de Estado, solo en algunos países (Brasil, Uruguay, Chile) hubo una recuperación efectiva de la democracia. En otros, por el contrario, la tentación del populismo se empezó a presentar con gran facilidad.

En la base de estas conductas irregulares existe una falencia institucional: muchos países latinoamericanos carecen de instrumentos jurídicos y políticos efectivos para defender el orden establecido frente a los que buscan abusar de él. Pero esas anomalías muestran también el peso que tiene el tradicional desprecio por los textos escritos, que parece ser la característica más típica de buena parte de la historia constitucional latinoamericana. La pregunta que surge, entonces, es si, a pesar de eso, el constitucionalismo puede tener valor en esa parte del mundo o si ha resultado un fracaso. Es lo que quiero tratar brevemente a continuación.

### III. EL VALOR DE LAS CONSTITUCIONES: EL CASO CHILENO

Como se ha visto, no ha sido fácil la asimilación del ideario constitucional en Latinoamérica. De ahí, sin embargo, no hay por qué sacar conclusiones pesimistas. En efecto, incluso en aquellos casos, como el de Brasil, en que se multiplica el número de reformas, hay partes de la Constitución que tienen una vigencia real y permanente. Estas disposiciones influyen en la vida jurídica

<sup>26</sup> *Etimologiarum* 9, 3, 4.

<sup>27</sup> “Este grito encierra un hondo significado institucional. Distingue la constitución, que no se pone en duda, y el gobernante, contra el cual se reclama” (BRAVO, B., *Constitución y reconstitución*, 30).

diaria de las instituciones y los ciudadanos, y son un elemento fundamental para la solución de los conflictos. Me refiero a los aspectos procesales de la norma fundamental.

La importancia del Derecho Procesal Constitucional ha llegado a ser tan grande, y su efectividad es tan real, que difícilmente se pueda hablar de *Scheinkonstitutionalismus*, al menos no de manera general. Otro tanto sucede con disposiciones como, para citar otra vez ejemplos tomados de Chile, la autonomía del Banco Central. En este caso, hoy nadie discute su necesidad. El papel de un Banco Central así entendido es responsable, en gran medida, de la estabilidad económica de la que, desde hace décadas, goza ese país.

Otro elemento importante en la práctica constitucional chilena es el papel que desempeña el Tribunal Constitucional, que después de la reforma del Presidente Ricardo Lagos en 2005 pasó a adquirir un protagonismo inédito en la historia chilena. Si a esto se suma la importancia práctica de los mecanismos procesales de rango constitucional (especialmente el llamado “recurso de protección”, que es un amparo ampliado a un buen número de derechos fundamentales), podemos constatar que una Constitución que en su origen fue muy discutida<sup>28</sup>, y aún hoy es objeto de polémica, bien puede tener una amplia vigencia e influir decisivamente en la vida diaria de los ciudadanos y las instituciones. Dicho con otras palabras, casos como el de Brasil y Chile nos muestran que una Constitución puede carecer de un gran prestigio y, sin embargo, mantener una efectiva vigencia. No debe extrañarnos un hecho semejante: la suerte del constitucionalismo se vincula a la suerte de la democracia y la forma democrática de organizar la vida social no es especialmente romántica. Así, mientras los regímenes autocráticos son pródigos en sorpresas y emociones, la democracia representativa es más predecible, está llena de largas negociaciones y vive de la transacción, en la que ninguna de las partes queda completamente satisfecha.

Esa cierta monotonía, lejos de ser un defecto, constituye uno de sus méritos más importantes. Durante muchos siglos, la vida política latinoamericana fue un asunto particularmente excitante, en el que uno se jugaba la propiedad, la libertad e incluso la vida. En cambio, al llegar al Bicentenario de las prime-

---

<sup>28</sup> Fue aprobada por un plebiscito en 1980, durante el régimen militar. En ella se estableció el calendario que llevaría a la normalidad democrática, que fue el que, en definitiva se siguió, cuando las fuerzas opositoras se dieron cuenta de que lo más realista era cambiar el régimen empleando las herramientas que la propia Constitución entregaba.

ras Juntas de Gobierno<sup>29</sup>, algunos países hispanoamericanos (Brasil, Uruguay, Perú, Chile, etc.), habían conseguido que las cosas fueran diferentes, es decir, que su vida política careciera de grandes sorpresas, salvo alguna protesta estudiantil o sindical. Y muchos ciudadanos del resto de los países del continente, es decir, de aquellos donde las cuestiones políticas ocupan casi exclusivamente las mentes de las personas, los miran con envidia. El desafío que se presenta hoy, es el de volver a entusiasmar a los ciudadanos con la vida política en sociedades que están dejando de ser particularmente conflictivas, es decir, en sociedades donde la política no parece ser demasiado importante. Pero la receta para hacerlo no está en la Constitución y la tarea de llevar a cabo esa tarea excede con mucho las posibilidades del Derecho Constitucional.

#### IV. MÁS ALLÁ DEL PESIMISMO

Lo visto en las páginas precedentes nos permite sacar algunas conclusiones importantes:

1. La Constitución española de 1978 tuvo una gran influencia en Hispanoamérica no solo porque sirvió de inspiración a diversos textos constitucionales, sino también porque la doctrina que se originó con ella fue recibida y proporcionó el marco teórico con los que los estudiosos latinoamericanos explicaron sus propios textos constitucionales. La subsiguiente eclosión constitucional influyó también en la práctica jurídica, donde la tradicional primacía de la ley ha sido reemplazada por la primacía de la Constitución.

2. Cabe, con todo, constatar algunas deficiencias en el constitucionalismo latinoamericano, particularmente la falta un fundamento histórico y sociológico en la mayoría de sus construcciones teóricas. Esta limitación permite hablar de una crisis en su fundamentación, por más que con frecuencia pase inadvertida. Ella hace que la doctrina constitucional no logre explicar un hecho tan relevante como la endémica inestabilidad constitucional de los países latinoamericanos, que se traduce en una sucesión de textos constitucionales, en la constante reforma de los mismos y, en algunos casos, en su falta de vigencia real.

---

<sup>29</sup> La primera tuvo lugar en Chuquisaca (en la actual Bolivia), en 1809, en el Virreinato del Río de la Plata.

3. Si se atiende a la historia, se constata un marcado escepticismo de gobernantes y ciudadanos acerca del valor de los textos constitucionales, y un frecuente divorcio entre Constitución real y aparente. Además, en los últimos años se constata el surgimiento de una nueva forma de lesión constitucional, distinta de los tradicionales golpes de Estado. Ella se lleva a cabo por parte de los mismos gobernantes que, una vez que acceden al poder, comienzan a vaciar de contenido el régimen constitucional. Como ya no pesa sobre ellos la amenaza de las intervenciones castrenses, al parecer definitivamente desacreditadas, los gobiernos populistas encuentran vía libre para desarrollar ese tipo de prácticas contrarias a Derecho.

4. Con todo, aunque la experiencia histórica pueda mover al desaliento o al menos al escepticismo acerca del efectivo valor de los textos constitucionales, no puede decirse que el constitucionalismo haya sido inútil en Latinoamérica. En efecto, un buen número de países tienen constituciones realmente vigentes, que, aunque no despierten una especial adhesión, son aplicadas y están en la base de la vida jurídica y sirven para dirimir los conflictos que se dan en esas sociedades. Especialmente importante es el Derecho procesal constitucional, que hoy constituye una vía muy efectiva y ampliamente utilizada para defender los derechos de las personas.



---

# RECENSIONES



---

**María ELÓSEGUI ITXASO (coord.)**

*La neutralidad del Estado y el papel de la religión en la esfera pública en Alemania*

Fundación Manuel Giménez Abad de Estudios Parlamentarios y del Estado Autonómico, 2012, 407 pp.

La creciente migración hacia Europa de pueblos con tradiciones religiosas diferentes y una tendencia a la secularización de los Estados europeos, son algunas de las principales causas por las que han aumentado las fricciones entre culturas en la vieja Europa. Esta evolución en la configuración de la identidad cultural de la sociedad europea ha puesto en el punto de mira el papel del Estado en relación con la protección del hecho religioso. Gracias a la doctora María Elósegui Itxaso, a la Fundación Gimenez Abad y a la fundación alemana Alexander von Humbolt, ha sido posible la publicación de un excelente libro que afronta este debate de gran actualidad e interés.

A través de una serie de artículos sobre el derecho alemán y su comparación con el derecho español la obra trata de forma meticulosa, la vigencia de los valores religiosos en sociedades secularizadas y las acciones que los mismos siguen desempeñando en la vida política europea. En mi opinión, ha sido un gran acierto abordar en un mismo volumen los temas de la laicidad, el secularismo y la neutralidad del Estado en relación con la enseñanza pública, la exhibición de símbolos religiosos en espacios públicos y el acomodo social de las minorías étnicas. Ese gran acierto se comprueba cuando, a la vez que podemos contemplar un hilo conductor doctrinal a lo largo de toda la obra, también es posible ver específicamente de que forma soluciona dicha doctrina los conflictos existentes en la actualidad. Es, por tanto, una visión ético-jurídica de las implicaciones que debe tener el Estado en la defensa de las diferentes culturas y códigos morales existentes en una sociedad y, más particularmente, respecto al fenómeno religioso.

Las cuestiones que se plantean en cada uno de los artículos son de suficiente enjundia como para que puedan ser analizadas de forma independiente, pero también creo que es imprescindible una lectura global para encontrar las ideas principales que subyacen a todos ellos. Pueden destacarse seis grandes bloques temáticos: la neutralidad del Estado frente a los símbolos religiosos, la libertad religiosa positiva y negativa, la cooperación entre el Estado y las confesiones, el concepto de laicidad abierta, la libertad de culto del funcionario frente a la neutralidad del Estado y los asesinatos por honor.

El primer tema planteado es la neutralidad del Estado en relación a los símbolos religiosos en la escuela pública. Martin Borowski analiza el conflicto sugiriendo una teoría sobre los símbolos religiosos y evaluando, en base a ella, las sentencias del Tribunal Constitucional alemán sobre el significado del crucifijo y las dos sentencias de la Corte Europea de Derechos Humanos de Estrasburgo sobre el caso Lautsi. El autor sostiene que un símbolo representa un hecho empírico que para ser completado necesita la existencia de una convención social, y que esta última no se da en relación al crucifijo en las escuelas públicas. Por tanto, según él, existen concepciones alternativas igualmente válidas que no permiten al Estado, amparándose en la libertad de culto, actuar de forma prohibitiva. Borowski defiende que debemos dejar de centrarnos en la neutralidad del Estado como punto de partida, para poner el énfasis en la interpretación del símbolo religioso según las convicciones del individuo expuesto al mismo.

Javier Ferrer, en cambio, piensa que para el análisis del tema es imprescindible tener en cuenta el porque está el crucifijo en el aula y desde cuando se encuentra en ella. Asimismo, opina que la colisión de derechos no es exclusivamente entre la persona que quiere retirar el crucifijo y el Estado, sino que también entra una posible lesión de las convicciones de los que no quieren la retirada del símbolo, pudiendo acabar imponiéndose la voluntad de la minoría por encima de la mayoría. Por otra parte, Ferrer hace también una comparación entre Alemania y España en relación a los conceptos de Estado neutral, aconfesionalidad y laicidad para abordar, finalmente, el objeto principal de la controversia del caso Lautsi.

Sobre la libertad religiosa positiva y negativa en la escuela pública alemana es Christian Starck quien escribe fundamentando sus tesis en tres pilares. El primero es que se ha producido un cambio de paradigma de la tolerancia estatal hacia la libertad de culto estatalmente garantizada, cosa que ha hecho que dicha libertad se haya convertido en un derecho fundamental. El segundo es que la separación del Estado frente a la religión y la consideración de que ésta tiene un ámbito privado y otro público, ha llevado a la creación de instituciones religiosas independientes con capacidad para conservar y afirmar las bases de la vida humana, es decir, postular un sistema de pensamiento sobre el mundo. Y el tercer es que considera un error pensar que no tener en cuenta los intereses religiosos no es una ideología sino que significa neutralidad, por eso, afirma que, la neutralidad del Estado no elimina el debate sobre la tolerancia. En base a estos tres pilares traza cuáles deben ser los contenidos de la libertad religiosa,

cuál la relación entre el Estado y las confesiones y cómo interpretar los contenidos de la libertad religiosa negativa en la escuela pública alemana.

Por su parte, María José Roca Fernández, nos ofrece un análisis sobre la jurisprudencia española de los temas abordados por Starck, concluyendo que tanto la Administración como los jueces han trasladado la solución de los conflictos a los órganos más cercanos de decisión, sin considerar conveniente la promulgación de una ley general. Para la autora, la elaboración de medidas restrictivas oportunas por parte de la Administración debe basarse en el juicio de necesidad y en el de proporcionalidad en sentido estricto. En función de éstos, se puede examinar si la medida es necesaria para conseguir el propósito y, si de la misma, se derivan más beneficios para el interés general que perjuicios sobre bienes o valores. Además, es de reseñar, la síntesis comparativa que relaciona los conceptos de libertad religiosa, dignidad y laicidad diciendo que la laicidad es complemento de la libertad religiosa pero no fundamento de ésta, puesto que el fundamento superior es la dignidad humana.

La reflexión sobre la cooperación entre el Estado y las comunidades religiosas alemanas en el ámbito de la educación escolar, así como de las causas de confrontación actuales, es realizada por Jörg Ennuschat. El autor hace un repaso de las bases jurídicas germánicas para concluir que no existe una Iglesia de Estado pero tampoco una separación laicista. En base a esta idea, se adentra en los problemas vigentes en el ámbito escolar alemán, sobre todo en relación con la religión islámica, tratando algunos casos significativos y elevando diversas preguntas generales tales como quién actuará como contraparte al Estado para la autorización de profesores de religión, dónde se realizará su formación, qué vertiente del Islam se enseñará o, por último, si la creación de escuelas privadas musulmanas puede generar una sociedad islámica paralela. Y acaba afirmando que, una de las dificultades básicas que encuentra el Estado alemán con la religión islámica es la falta de interlocutor válido para generar una cooperación fructífera.

En relación a este tema, Carlos Vidal Prado focaliza su atención en aquellas cuestiones que le parecen remarcables desde el punto de vista de un observador español en relación con la formación y contratación del profesor de religión, los símbolos confesionales en las escuelas públicas y las facultades de teología. Está de acuerdo con Ennuschat en que hoy en día los casos más conflictivos se producen con la religión islámica por su idiosincrasia interna y por la difícil compatibilidad de su sistema ético y moral con los principios y libertades básicos en nuestro Estado de Derecho. Según su opinión, la legislación

española debería tender a imitar a la alemana porque está más avanzada en dichas materias gracias al contexto histórico y normativo de cooperación entre Estado y confesiones religiosas.

Uno de los escritos que más profundiza en la esencia de las cuestiones que aborda el libro es el de María Elósegui. Esta autora contrasta el modelo de laicidad abierta o liberal de los filósofos canadienses Charles Taylor y Jocelyn Maclure, con el derecho de libertad religiosa al ser interpretado el principio de neutralidad en Alemania de un modo estricto. Para Elósegui, los filósofos canadienses establecen el lugar, antropológicamente hablando, que ocupan las creencias o filosofías de vida en la identidad personal, dado que la tesis de aquéllos es que la religión o las convicciones filosóficas forman parte de la personalidad y que relegarlas estrictamente al ámbito privado es atentar contra el principio de identidad personal. Por tanto, dichos filósofos creen que la diversidad moral y religiosa de nuestra época no conlleva necesariamente una homogeneización de la vida cívica, sino que el reto debe ser acomodar la vida pública al respeto de las creencias de los ciudadanos y así permitirles estructurar su identidad moral. A la luz del modelo de laicidad abierta, Elósegui analiza el uso de símbolos religiosos por funcionarios públicos, la incoherencia de las leyes alemanas a través del estudio de la reacción legislativa de ocho de los Länders y formula cuatro consecuencias que se derivarían de la aplicación del modelo de laicidad abierta sobre los Estados: la inclusión de las confesiones religiosas en el debate político para que se visualicen sus argumentos filosóficos, el acomodamiento razonable de la libertad religiosa de los usuarios de los servicios sociales, la protección en sentido positivo de la libertad religiosa y la neutralidad del Estado con apertura a las identidades culturales y religiosas de los funcionarios.

A la sazón de estos asuntos, Cristina Hermida del Llano complementa el análisis de Elósegui elaborando una serie de reflexiones sobre cuál es la verdadera integración de aquellos individuos que se instalan en culturas diferentes, cómo abordar la diversidad, qué actitud es mejor adoptar y qué comportamientos considerar válidos. También lo completa subrayando los factores que contribuyen actualmente a que en Alemania exista una fuerte acogida de la laicidad rígida y los examina de forma pormenorizada. Y, finalmente, al igual que Taylor y Maclure, cree que la neutralidad y la laicidad del Estado han de estar al servicio de otros dos principios, como son la igualdad moral de los individuos y la protección de la libertad de conciencia y de religión. Eso significa que el Estado debe erigirse en un buen gestor de la diversidad cultural, lo que comporta que

éste se ponga al servicio del interés de la mayoría para la defensa de los derechos fundamentales.

La libertad de culto de los empleados de la Administración en relación con el artículo 33 párrafo 3 de la Ley Fundamental alemana es examinada por Dorothee Frings que, a su vez, analiza críticamente las facetas del término neutralidad y desarrolla su postura sobre la relación entre la libertad de culto y la neutralidad del Estado. La idea de que la obligación de no intromisión del Estado no se ve afectada por la aceptación de vestimentas religiosas a funcionarios, la necesidad de una tolerancia social e institucional de las religiones y la crítica del concepto de “conservación de la paz comunitaria” esgrimido por el Tribunal Constitucional Alemán, son algunas de las tesis desarrolladas por ella. También hace una magnífica radiografía de las perspectivas de futuro y de los posibles paradigmas interpretativos, así como ofrece su visión de cuál es el mejor prisma para alcanzar una mayor tolerancia.

Por su parte, Ignacio Torres Muro resalta al respecto los puntos de encuentro y las divergencias entre Alemania y España en materia de respeto de las convicciones religiosas de los empleados públicos. Analiza, además, la trayectoria histórica diferenciada de los dos países en el tratamiento del fenómeno religioso para ilustrar de que manera las bases sociológicas de cada país pueden generar sus propios problemas y soluciones. Para finalizar expone, a través de jurisprudencia, las diferentes problemáticas que se han dado o pueden darse en relación con la neutralidad religiosa de los empleados públicos españoles.

Luís Greco, introduce una nueva temática abordando la clasificación de los asesinatos por honor por “motivos abyectos”. Desde una actitud contraria al relativismo cultural en la tipificación de las normas jurídicas y con una crítica a lo que él denomina “principios de solución parsimoniosos”, realiza una reflexión de fondo sobre cuál es el contenido de los motivos abyectos, de la culpabilidad y del injusto, para acabar afirmando que los delitos por honor son asesinatos y no homicidios porque “los motivos solo demuestran ser una epifenómeno en el que se refleja la gravedad objetiva del injusto”, es decir, la culpabilidad máxima es consecuencia de un injusto máximo, y no de una valoración moral de la motivación.

Desde otro punto de vista, Miguel Ángel Boldova Pasamar, examina los asesinatos por honor relacionándolos con el tratamiento del autor por convicción. Parte de la misma premisa que Greco al decir que, en relación a los motivos abyectos, todavía no se ha sabido trasladar la afirmación kantiana

de que el Estado liberal sólo se debe preocupar por la legalidad y no por la moralidad. Afirmar que en Alemania y España no se ha renunciado a valorar moralmente las motivaciones del autor de los hechos y eso provoca que la valoración moral del juez todavía tenga un papel muy destacado en el momento de la imposición de la pena. Concluye con dos sugerencias. La primera es que sería beneficioso suprimir la referencia “por honor” en los asesinatos, dado que tal consideración parece insinuar que la comisión de dichos ilícitos sea honorable. Y la segunda, que si el legislador quiere regular las motivaciones del delito debería vincularlas a la violación de los derechos humanos y no a datos puramente anímicos.

En suma, el mundo es un lugar en constante cambio. Como consecuencia de ello, las realidades jurídicas modifican sus normativas para adaptarse lo mejor posible a las transformaciones sociales y, de este modo, contribuir a regularlas para el bien común e individual. La idoneidad del presente libro reside en el intento de dar soluciones legales a problemas reales que surgen en Europa en relación a la incardinación de las convicciones religiosas dentro de los Estados modernos. Para ello, ha sido un gran acierto el comparar las soluciones aportadas por dos países europeos con tradiciones religiosas diferentes, dando la posibilidad al lector de adentrarse en profundidad en cada una de las problemáticas de actualidad. En definitiva, la obra coordinada por María Elósegui, es una excelente oportunidad para reflexionar sobre cuáles son los pilares que deben forjar la convivencia de los ciudadanos para asegurar el progreso de la Europa del siglo XXI.

Daniel FERNÁNDEZ CAÑUETO

Universidad de Zaragoza

---

**Vincenzo OMAGGIO / Gaetano CARLIZZI**

*Ermeneutica e interpretazione giuridica*

G. Giappichelli, Torino, 2010, 210 pp.

El examen crítico de algunas teorías contemporáneas de la interpretación jurídica y de la tarea interpretativa y decisoria de los órganos judiciales desde los postulados de la hermenéutica filosófica y jurídica es el objeto de *Hermenéutica e interpretación jurídica*, resultado de la colaboración de Vincenzo Omaggio,



catedrático de Filosofía del Derecho de la Universidades Suor Ursola Benincasa y Parthenope de Nápoles, que se hace cargo de la primera parte, de tono más teórico e iusfilosófico, y Gaetano Carlizzi, juez del Tribunal militar de Nápoles y docente en las Universidades mencionadas, autor de la segunda parte, donde la exposición teórica se orienta a la praxis judicial.

En el primer capítulo de la primera parte (pp. 3-42) Omaggio describe los rasgos generales de la interpretación para el positivismo jurídico, sintetizados en el modelo silogístico y la jurisprudencia mecánica, y tres intentos de superación dentro de dicha tradición: la teoría de la interpretación de Hans Kelsen, la teoría de la discrecionalidad judicial de H. L. A Hart, en conexión con la regla de reconocimiento y los principios, y la teoría realista de Michel Troper. La valoración de estos esfuerzos teóricos es negativa: ni la respuesta tradicional ni las propuestas posteriores resultan satisfactorias. El olvido de la razón práctica, el distanciamiento de la praxis jurídica y el desconocimiento del papel de los valores en la tarea interpretativa son las principales objeciones a la teoría kelseniana. En el caso de Hart, la crítica apunta a la tesis convencionalista de la regla de reconocimiento y el insuficiente papel de los principios, junto con la débil justificación de la tesis de la discrecionalidad de los jueces. Por último, a pesar de reconocer ciertas innovaciones de Troper, Omaggio afirma que su escepticismo, la excesiva concentración en el resultado de la actividad interpretativa, en desmedro del proceso, y la expulsión del momento práctico de la razón jurídica lastran decisivamente su teoría.

Las deficiencias de las doctrinas de la interpretación y de la ciencia jurídica positivistas pueden ser superadas desde la hermenéutica jurídica, cuyas aportaciones son analizadas por Omaggio en el capítulo segundo de esta primera parte (pp. 43-88). El carácter práctico y dialógico de la comprensión normativa de la interpretación y la interacción de norma y caso en sucesivos niveles, expresada mediante el círculo hermenéutico y la espiral hermenéutica, o la precomprensión y la historicidad del Derecho son rasgos de la hermenéutica jurídica que justifican la crítica del carácter rigurosamente lógico del modelo positivista y muestran la inevitabilidad de la interpretación para la construcción de las premisas del silogismo de subsunción. Además, si el Derecho no es un objeto separado del intérprete sino una práctica social que se hace presente mediante una actualización interpretativa, los cánones tradicionales de interpretación propuestos por Savigny –gramatical, lógico, histórico y sistemático–, que servían de fundamento de la racionalidad formalista propia del Estado legislativo de Derecho, resultan ineficaces. Es necesario

un control racional de la actividad interpretativa y decisoria diferente, que dé cuenta del empleo jurisprudencial de principios (*Gundsätze*), elaboraciones técnico-jurídicas y criterios extralegales (estándares, tipos, conceptos jurídicos indeterminados, Derecho natural, “naturaleza de la cosa”). Con tal finalidad Omaggio rescata los dos niveles de control de las decisiones sugeridos por Josef Esser (*Richtigkeitskontrolle* y *Stimmigkeitskontrolle*) y enuncia las aportaciones del realismo norteamericano y sus semejanzas con la hermenéutica. Prosigue con la discusión sobre la existencia de una lógica específicamente jurídica entre Perelman y Kelsen, decantándose por aquél, y vuelve a la obra de Esser a través de su polémica sobre el papel de los principios con el voluntarismo kelseniano. Todo lo anterior conduce a una conclusión, parcialmente anticipada: la inadecuación del modelo positivista y formalista para el Estado constitucional de Derecho. El capítulo culmina con un panorama de la rehabilitación de la razón jurídica como razón práctica en Martin Kriele, quien subraya su importancia en el proceso de elaboración del Derecho (*Rechtsgewinnung*), destacando en particular el valor del precedente. Como corolario Omaggio expone las tesis de Kriele en relación con el deber jurídico y la legitimidad de la desobediencia de las normas, comparándolas con la reflexión de Hart sobre la doctrina de la ley injusta y la tesis de la extrema injusticia del último Radbruch.

La segunda parte se divide en tres capítulos, de índole expositiva los dos primeros y de índole propositiva el tercero y último. En el capítulo primero (pp. 91-127) Carlizzi retoma la relación entre norma y hecho como núcleo hermenéutico de la práctica social del Derecho, dedicando especial atención a la configuración normativa de los hechos, en la medida en que la interpretación jurídica no tiene lugar en abstracto sino siempre en relación con el caso concreto. Aquí rechaza la idoneidad jurídica del concepto abstracto, entendido como un conjunto de propiedades necesarias y suficientes que integra una clase homogénea de objetos mediante una lógica clasificatoria (“esto-aquello”), y propone reemplazarlo por el tipo (*Typus*) y el análisis de las funciones típicas—siguiendo a Gustav Radbruch, Arthur Kaufmann y Winfried Hassemer—, que demanda una lógica ordenadora (“más-menos”) apoyada en la comparación, en el sentido introducido por Carl Gustav Hempel y Paul Oppenheim en su obra pionera *Der Typus im Lichte der neuen Logik* (Leiden, A. W. Sijthoff's Uitgeversmaatschappij, 1936). Esto es, a las condiciones prefijadas y definidas del concepto se opone el carácter asintótico de la comprensión de las funciones típicas. Finalmente, la vinculación funcional entre norma y hecho, que hace

posible la comprensión del sentido normativo, conduce a la exigencia de una interpretación teleológica y explica el fundamento analógico de la aplicación jurídica, no tanto en el sentido de inferencia lógica cuanto en el sentido ontológico de relación de semejanza entre entes singulares, parcialmente iguales y parcialmente diferentes.

El capítulo segundo (pp. 129-169) presenta los presupuestos de una “teoría hermenéutica del juicio jurídico” en el marco del proceso judicial, donde se distinguen tres fases: formación, decisión y justificación, que también son desarrolladas en el tercer capítulo. Carlizzi prefiere esta denominación frente a la mayor unilateralidad de la expresión “teoría del razonamiento jurídico” o la excesiva amplitud de “teoría del pensamiento jurídico”, pues da cabida de forma más cumplida a la importante actividad probatoria que acompaña a la interpretación, aplicación, argumentación o justificación. En esta sede critica la separación analítica entre contexto de descubrimiento y contexto de justificación, disuelta desde una perspectiva hermenéutica afinada en la experiencia jurídica, y emplea una vez más la noción de tipo y de formulación típica, con apoyo ahora en la noción weberiana de tipo ideal. Con todo, el núcleo del capítulo es un recorrido histórico-filosófico de las vías de superación de la lógica tradicional: la lógica trascendental kantiana, su desarrollo por el neokantismo de Heinrich Rickert, la fenomenología de Husserl, el acento ontológico de Martin Heidegger o la aportación hermenéutica de Hans-Georg Gadamer. En cuanto a la hermenéutica jurídica, precisa el autor que su aparición no hubo de esperar a la publicación de *Verdad y método*, pues ya cobraba forma con antelación a través de la obra de Gustav Radbruch y Karl Engisch.

La correlación entre normas jurídicas y hechos singulares en el proceso judicial, objeto del capítulo inicial de la parte primera y, en especial, del capítulo segundo de la segunda parte recién comentado, se presenta como una concatenación de actos procesales típicos. La investigación de las condiciones hermenéutico-fenomenológicas del juicio jurídico, aplicando a la praxis judicial los fundamentos teóricos de capítulos precedentes, es el propósito del capítulo tercero y último (pp. 171-208). Mediante ejemplos extraídos de la jurisprudencia se muestra cómo funcionan conceptos hermenéuticos clave como la precomprensión normativa, y se justifican otros como el círculo hermenéutico o la espiral hermenéutica. De nuevo se dirige aquí la atención a la dimensión fáctica y sus sucesivas configuraciones a lo largo del proceso interpretativo, distinguiendo el hecho material (*Sachverhalt*) o hecho jurídi-

co (*Rechtstatsache*) de la elaboración posterior del caso jurídico (*Rechtsfall*), y así, poniendo en relación la *quaestio facti* y la *quaestio juris*, se desemboca en la sentencia.

\* \* \*

Omaggio y Carlizzi confirman en este libro su interés y su competencia en el estudio de la hermenéutica jurídica, anticipados en su trayectoria investigadora y editorial<sup>1</sup> y reflejados en el manejo de los principales autores alemanes y de la doctrina italiana más destacada (Luigi Lombardi, Giuseppe Zaccaria, Francesco Viola, Luigi Mengoni,...), que comparten la obra con los iusfilósofos más representativos de la tradición positivista y de la tradición analítica (Kelsen, Hart) y con otros autores no específicamente hermenéuticos que son, a su vez, críticos del logicismo, como Chaïm Perelman.

Además del mencionado rigor en los contenidos, el estilo sencillo y legible, la extensión proporcionada de las distintas partes y unas útiles anotaciones marginales rotulando los párrafos garantizan una lectura fluida, informada y fecunda, si acaso con la excepción del sugerente último capítulo, que adolece de la claridad de los anteriores, en parte por su abrupto final, sin una deseable recapitulación u ordenación postrera que hubiese facilitado su comprensión.

En otro orden de consideraciones, el libro habría mejorado con la supresión de alguna reiteración y con una mayor coordinación de ambas partes, sobre todo si fue concebido como una obra común unitaria y no como una yuxtaposición de aportaciones, aprovechando el perfil iusfilosófico de Omaggio y el tono más metodológico y orientado a la praxis de Carlizzi.

---

<sup>1</sup> Destacan sus valiosas traducciones al italiano de obras de autores alemanes contemporáneos, usualmente acompañadas de estudios críticos. En concreto, al margen de traducciones de artículos de otros autores afines (Stefan Meder, Ulfrid Neumann), cfr. KAUFMANN, A., *Analogie und 'Natur der Sache'*. *Zugleich ein Beitrag zur Lehre vom Typus*, Heidelberg-Hamburg, Decker & Müller, 1965, 1982<sup>2</sup>. Traducción italiana de Carlizzi, G., *Analogia e 'natura della cosa'*. *Un contributo alla dottrina del tipo*, Napoli, Vivarium, 2003; KRIELE, M., *Recht und praktische Vernunft*, Göttingen, Vandenhoeck & Ruprecht, 1979. Traducción italiana de Omaggio, V., *Diritto e ragione pratica*, Napoli, Scientifica, 2006; HASSEMER, W., *Tatbestand und Typus. Untersuchungen zur strafrechtlichen Hermeneutik*, Köln, C. Heymanns, 1968. Traducción italiana de Carlizzi, G., *Fattispecie e tipo. Indagini sull'ermeneutica penalistica*, Napoli, Edizioni Scientifiche Italiane, 2007; HRUSCHKA, J., *Die Konstitution des Rechtsfalles. Studien zum Verhältnis von Tatsachenfeststellung und Rechtsanwendung*, Berlin, Duncker & Humblot, 1965. Traducción italiana de Carlizzi, G., *La costituzione del caso giuridico. Il rapporto tra accertamento fattuale e applicazione giuridica*, Bologna, Il Mulino, 2009.

En todo caso, aquí comparecen los hitos históricos y los conceptos hermenéuticos principales, aun cuando sus argumentaciones y sus énfasis están influidos por los autores que mejor conocen, entre ellos Martin Kriele en el caso de Vincenzo Omaggio, y Arthur Kaufmann, Winfried Hassemer o Joachim Hruschka en el caso de Gaetano Carlizzi. Esta circunstancia determina que algunas elecciones y desarrollos temáticos, explicables por las razones expuestas, parezcan poco justificados. Sorprende en este sentido el apartado dedicado a Martin Kriele al término del capítulo segundo de la primera parte, no tanto por su extensión o su detalle –quizás desproporcionado en relación con otros, aunque referido a cuestiones de la interpretación jurídica– cuanto por la atención a la legitimidad de la desobediencia o resistencia al Derecho y la doctrina de la *lex iniusta*, conectada en menor medida con el objeto central del libro y ayuna de explicaciones previas, entre las que hubiese resultado razonable e ilustrativa una mención de la doctrina clásica, al menos de su exponente más sobresaliente, Tomás de Aquino, cuyas tesis son semejantes a las ofrecidas siglos después por Kriele.

Por el contrario, no cabe aplicar tal crítica a la influencia de Hruschka en la atención a los hechos y la configuración del caso jurídico, porque no se trata de un análisis monopolizado por dicho autor y porque responde a una preocupación central y distintiva de la hermenéutica. Asimismo, merece un comentario favorable la configuración típica del proceso de determinación del Derecho delineada por Carlizzi, basado en una categoría metodológica netamente antiformalista y vigente en la hermenéutica jurídica como el tipo. Si se puede reprochar, en cambio, la falta de concreción del modo de operar del tipo en dicho proceso, tal vez por la elección como modelo del tipo ideal de Max Weber –en cuyo lugar podría haber sido utilizada la doctrina del tipo de Georg Jellinek, antecesora de la weberiana y más afín al Derecho– o la indeterminación de las concepciones típicas de Kaufmann o Hassemer. En cualquier caso, debe elogiarse este ensayo de proyección de la teoría hermenéutica en la praxis jurídica.

En suma, el balance de la lectura de *Ermeneutica e interpretazione giuridica* es positivo, como se infiere de la descripción de sus contenidos e incluso de los apuntes finales, que pretenden prorrogar un diálogo constructivo con las aportaciones de Omaggio y Carlizzi, a la espera de recomendables desarrollos futuros de su teoría hermenéutica del conocimiento jurídico.

José Antonio SEOANE  
Universidade da Coruña

**John Mitchell FINNIS,**

*Natural Law and Natural Rights & Collected Essays*

Oxford University Press, Oxford, 2011, 6 vols., 2.624 pp.

Hace unos pocos meses ha aparecido, en la prestigiosa *Oxford University Press*, una edición en cinco volúmenes de los ensayos de John Finnis publicados en diversos lugares a lo largo de más de cuarenta años de prolífica actividad intelectual. Esos cinco volúmenes recogen los trabajos bajo los siguientes títulos: “La razón en la acción” (*Reason in Action*), “Intención e identidad” (*Intention and Identity*), “Derechos humanos y bien común” (*Human Rights and Common Good*), “Filosofía del derecho” (*Philosophy of Law*) y “Religión y razones públicas” (*Religion and Public Reasons*). Pero además, la misma casa editorial ha publicado conjuntamente una segunda edición –ya se habían realizado varias reimpressiones– de la primer obra importante del filósofo australiano, *Natural Law and Natural Rights*, edición que incluye un extenso –65 páginas– *post scriptum*, en el que el autor aclara varios de sus puntos de vista más debatidos, se extiende en tópicos poco desarrollados y refuta algunas de las críticas dirigidas a esa obra en los últimos treinta años.

La aparición de esas obras, que totalizan más de dos mil seiscientas páginas en una muy cuidada y exquisita edición, reviste una particular importancia para la filosofía práctica de comienzos de este siglo. En efecto, se trata de la recopilación de prácticamente toda la obra de quien aparece como el más notable y sugerente iusnaturalista de los últimos cincuenta años<sup>1</sup>, sobre cuya obra han existido extensos y profundos debates, se han realizado tesis doctorales, publicado artículos y libros y organizado congresos, simposios y jornadas. Por otra parte, sus ideas en materia ética y de filosofía moral, jurídica, política y religiosa, son objeto de referencia casi obligada para todos aquellos que pretenden abordar esos tópicos con amplitud de miras y mente

<sup>1</sup> Véase, entre muchos otros trabajos: COVELL, C., *In Defence of Natural Law. A Study on the Ideas of Law and Justice in the Writings of Lon Fuller, Michael Oakesott, F.A. Hayek, Ronald Dworkin and John Finnis*, Houndmills & London, MacMillan Press, 1999, pp. 196-225; PEREIRA SÁEZ, C., *La autoridad del derecho. Un diálogo con John Finnis*, Granada, Comares, 2008, pp. 9-39 y GAHL, R.A., *Practical Reason in the Foundation of Natural Law according to Grisez, Finnis, and Boyle*, Roma, Athenaeum Romanum Sanctae Crucis, 1994, 53-110; LÓPEZ MARTÍNEZ, A., *El debate anglo-americano contemporáneo sobre la teoría tomista de la ley natural. La razón práctica y las inclinaciones naturales en la Summa Theologiae, I-II, q. 94, a. 2*, Romae, Pontificia Universitas Sanctae Crucis, 2006.

abierta. Por supuesto que en su extensa obra existen aspectos discutibles, temas poco desarrollados y doctrinas que necesitarían una mayor clarificación. Pero como decía Winston Churchill de sí mismo, ni Finnis –ni ningún otro– habría completado una obra tan extensa y destacada si no hubiera cometido yerros y omisiones.

Pero quizá lo más importante de esta edición múltiple es que ella pone al alcance de los estudiosos prácticamente la totalidad de la obra del profesor Finnis, haciendo asequibles textos que, de otro modo, resultarían de muy difícil –sino imposible– acceso. Si a esto se le agrega que los volúmenes contienen toda una serie de referencias cruzadas a todas las obras restantes, por las que es posible acceder a la totalidad de los lugares paralelos, puede afirmarse que los estudiosos de la obra de este pensador han visto notablemente aligerada su tarea. Todo este sistema de referencias cruzadas, así como las muy pertinentes *Introducciones* de cada volumen, han supuesto seguramente un arduo trabajo al autor, trabajo que se ve compensado con la enorme facilidad de acceso, estudio e interpretación de los textos proporcionada a los investigadores y estudiosos.

En los seis volúmenes que aquí se presentan se abordan prácticamente todos los tópicos de la filosofía práctica, es decir, de la filosofía política, de la ética, de la filosofía del derecho y de la filosofía de la acción humana. En todos ellos, Finnis pone en evidencia no solo una erudición notable y un conocimiento acabado de las diferentes problemáticas que aborda, sino también la originalidad de sus aportaciones y explicaciones; por supuesto que, como sucede siempre en la filosofía, esta originalidad no puede ser sino relativa, pero en todos los casos Finnis realiza presentaciones novedosas, reformula ideas clásicas y simplifica elaboraciones complejas. Entre estas aportaciones originales, es posible destacar la habilidad que pone de manifiesto este autor para desarrollar doctrinas clásicas en diálogo vivo con los problemas contemporáneos. Así por ejemplo, al exponer el tema de la ley conforme a la Tradición Central de Occidente, desarrolla toda una doctrina acerca del *rule of law* en la que se sintetizan las ideas clásicas con los desarrollos de los juristas y filósofos tardomodernos y contemporáneos, en especial con las contribuciones efectuadas por Lon Fuller.

Además, reviste especial importancia el contenido del *Postscript* que se ha agregado a esta segunda edición de *Natural Law and Natural Rights* (este libro ya había tenido numerosas reimpresiones), en el que Finnis responde a varios de sus contradictores –que han sido muchos en los últimos años– aclarando

el sentido de su estrategia argumentativa y de varias de sus afirmaciones. En especial, afirma que su modo de exposición y argumentación siempre tuvo en cuenta el público al que ellas iban dirigidas: los estudiantes universitarios de espíritu secular, formados principalmente en las ideas de David Hume y Bertrand Russell, para quienes el argumento de autoridad –y en especial la referencia a Tomás de Aquino– carecía en absoluto de valor epistémico. Por ello, resultaba necesario partir desde ideas más obvias y aceptables por todos ellos, para recién después introducirse en los contenidos filosóficos acerca de la praxis humana y su dirección perfecta.

Según Finnis, muchas de las objeciones que se han efectuado a sus interpretaciones, en especial a las que versan sobre afirmaciones de Tomás de Aquino, provienen de pensadores formados en la tradición pedagógica escolástica, en la cual los estudios de ética solo se abordan luego de concluidos los de metafísica y antropología y como una continuación –y con dependencia– de ellos. De este modo, la pretensión de Finnis de una autonomía relativa de los estudios de filosofía práctica respecto de los referidos a los aspectos especulativos de la filosofía, queda para aquellos pensadores descartada de antemano e invalidada noéticamente de modo absoluto. Para el filósofo y jurista australiano, esa invalidación torna inviable la estrategia explicativa y argumentativa antes expuesta y, por consiguiente, hace muy difícil el acceso al público universitario de las universidades seculares contemporáneas.

Por supuesto que de una obra de la extensión de la aquí reseñada podrían decirse muchísimas cosas más, pero ello significaría convertir a esta reseña en un trabajo largo y tedioso, en el que ni siquiera sería posible abordar los principales temas desarrollados en la obra. Lo que sí puede agregarse, es que estas obras de Finnis ponen en evidencia la profundidad de sus meditaciones, la extensión de sus conocimientos y la agudeza de sus razonamientos y explicaciones. A muy pocos intelectuales una editorial como Oxford University Press le ha dedicado una edición de la extensión y calidad de la que aquí presentamos. Como se dijo al principio, muchas de las ideas de este autor son discutibles –y de hecho han sido discutidas– pero nada de eso empaña la real importancia de su contribución a los estudios de filosofía práctica de los últimos cincuenta años.

Carlos I. MASSINI-CORREAS

Universidad de Mendoza



---

**Francisco CARPINTERO BENÍTEZ***La crisis del Estado en la Edad Posmoderna*

Thomson-Aranzadi, Cizur Menor, 2012, 306 pp.

El libro que firma el Prof. Carpintero y que tengo la oportunidad de reseñar se inserta en las líneas de investigación ya abordadas por este autor en trabajos anteriores. Ello hace que este trabajo presente mayor interés, pues Carpintero realiza en este libro una síntesis de las investigaciones a las que ha dedicado buena parte de su vida académica. Esto le proporciona una madurez y un rigor científico verdaderamente admirable y deseable para cualquier experto en la materia. Ahora bien, no es un libro para aficionados. Y no lo es porque Carpintero aborda la crisis del Estado actual desde una perspectiva intencionadamente abstracta, al hilo de los cambios metodológicos observados en el campo de la física experimental.

Según el autor, toda teoría (política o jurídica) parte de una prerreflexión o pre-decisión del investigador; en todo caso de un prejuicio que predetermina la propia teoría. En el caso que nos ocupa, estas prerreflexiones están constituidas por el método científico impuesto por Galileo y Newton en la física y en las matemáticas. Los dos primeros capítulos constituyen precisamente el deseo de sacar a la luz estos pre-condicionantes que determinan actualmente la teoría del derecho como conjunto de normas unitario y exclusivo del Estado.

Para el autor, el Estado actual no es más que una realidad o modelo organizativo concreto, que se impuso a partir de la Revolución francesa y que desde su inicio se caracterizó por su afán totalizador o acaparador de toda la producción jurídica. Este Estado es entendido, desde los presupuestos intelectuales que le dieron luz, como sinónimo de unidad. De ahí que, desde su origen, el Estado haya reclamado el monopolio de toda la creación jurídica y de ahí también que el Derecho haya sido entendido, durante todo el siglo XIX y buena parte del XX, como el conjunto de la legislación que emana del Estado. Así, desde el Estado decimonónico, el Derecho es contemplado como un conjunto de derechos subjetivos, como un conjunto de habilitaciones (que dirían los alemanes) para accionar la jurisdicción de los tribunales. Pero, como hemos dicho, esta caracterización responde principalmente a un pre-juicio o una prerreflexión que se origina en las teorías de la Modernidad y que tuvo su sentido en ese contexto, en el que era preciso afirmar la individualidad para romper con el Antiguo Régimen.

Es un hecho constatado en la Historia, que los modos de pensar en las ciencias humanas han venido, desde la Modernidad hasta hoy, desde los modos de las ciencias naturales. Así, como señala el Prof. Carpintero, la Teoría del Derecho (del Estado) se construyó sobre las bases intelectuales que fundamentaron la ciencia moderna. Estas ideas (que tuvieron su paradigma en Newton y en su idea del mundo como una máquina) se basaron en una visión unitaria de la realidad. Pero ahora el modelo está agotado, de la misma manera que está agotado el modelo o el método científico sobre el que se asienta, y así como la ciencia actual ha abandonado la idea de unidad, también han desaparecido los fundamentos teóricos que hicieron posible el Estado. Es por ello que el Prof. Carpintero reclama, desde las primeras páginas de su obra, una vuelta a “las bases ontológicas de los razonamientos, pues siempre llega un momento en que los razonamientos tropiezan con lo que es patente” (p. 11).

Y es que durante todo el capítulo primero, el Prof. Carpintero trata de hacernos ver cómo el método de la física clásica, basado en modelos fundamentalmente geométricos, que se establecen sobre líneas rectas y puntos de atribución, ha sido el causante de la consideración homogénea de los individuos, de la reducción de los seres humanos a individuos aislados e iguales que se erigieron frente al derecho como simples puntos de atribución de normas en lo que él denomina “éticas de línea recta”.

Partiendo de las críticas de Einsten, Plank, Heinsenbeg o Gödel, Carpintero intenta superar este modelo racionalista y sistemático de la filosofía práctica dominante desde el siglo XVII hasta nuestros días. Así como la física cuántica ha desplazado a la física clásica, urge en el ámbito de la filosofía del derecho recuperar un modelo de racionalidad que supere el individualismo, el solipsismo individualista y la homogenización igualitaria que conlleva irremediablemente a afirmar la irracionalidad de aquello que no encaje en el sistema.

El problema es que aún somos deudores de nuestro pasado y que las palabras de Heinseberg en relación a la dificultad de la mecánica cuántica para expresar los movimientos tendenciales o teleológicos de las partículas intraatómicas (“no podemos explicar conceptos científicos nuevos con lenguaje mecánico”) se hace aún más palpable en nuestro caso: La filosofía práctica aún no ha dado una buena cuenta del cambio de paradigma científico, aunque lo ha intentado tratando, por ejemplo, de sustituir el positivismo normativista por el positivismo incluyente. La Hermenéutica puede aportar soluciones aunque, como señala Carpintero siguiendo a Vattimo, no ha conseguido romper estos esquemas de unidad sistemática, lo que puede observarse en el hecho de que

la propia Hermenéutica no distingue entre el contexto de representación y el contexto de justificación (p. 25). Y es que estos esfuerzos no son suficientes: el Estado actual, tal y como planteó Bökenförde en los años sesenta, se basa en unos fundamentos epistemológicos que han resultado ser incompletos o no suficientemente precisos.

Durante todo el capítulo segundo de su obra, el Prof. Carpintero va repasando los defectos de las doctrinas políticas y jurídicas dominantes en la Teoría del Derecho y del Estado: desde el iusnaturalismo moderno hasta el positivismo normativista; desde la Hermenéutica hasta las éticas dialógicas o procedimentales: todas ellas participan de un mismo rasgo, heredado de la metodología geometrizar de la física clásica: la uniformidad. Y basándose en esta uniformidad o unidad que para sí reclama todo sistema, sólo reconocen un dato homogéneo en el conjunto de los seres humanos (la igualdad natural). Este dato funciona a modo de vector que guía los puntos que forman las líneas de estos razonamientos, pero realmente estos puntos no existen o no los conocemos, ni en geometría ni en las ciencias humanas. Por ello, esta uniformidad impuesta por el sistema impide a estas teorías reconocer cierta ontología de las cosas particulares. En otras palabras, las teorías jurídico-políticas actuales, para mantener la homogeneidad y uniformidad de sus constructos racionales no tienen más remedio que afirmar la “irrelevancia ontológica de las concreciones y reafirmar una totalidad que no viene ofrecida por la experiencia” (p. 55).

Es especialmente crítico con las éticas procedimentales (desde Kant hasta Apel o Habermas, pasando por Locke, Rousseau, Hobbes, Rawls, Nozick o Buchanan) a las que denomina “éticas de tránsito” porque, una vez que explicitan “el paso de un estado asocial al estado social o desde un estado de cosas injusto a una sociedad justa” (p. 122), no son capaces de ofrecer una adecuada explicación de la verdadera naturaleza del derecho; no son capaces de dar una respuesta que explique razonablemente por qué un profesor *debe* preparar sus clases o por qué un taxista *debe* conducir con prudencia. Estas éticas de tránsito han suprimido todos aquellos elementos individuales o concretos que no tienen cabida en esa homogeneización, que no son reductibles a una realidad única. Frente a ellas, el autor reivindica una vuelta al modo de pensar aristotélico, análogo y no formal, propio de la ciencia jurídica bajomedieval.

El Prof. Carpintero muestra cómo en nuestra realidad cotidiana no existe lo homogéneo; al menos, con carácter general. Lo que sí existe con carácter general es la asimetría, que es la que fundamenta y explica a la misma socie-

dad. En palabras del autor: “La sociedad es posible porque existen situaciones asimétricas: un hombre busca en otro lo que él no tiene, o lo que él no sabe: si todos tuviéramos las mismas capacidades para tocar el piano no habría profesores de piano (...). Al pensarnos a nosotros, pensamos necesariamente una red de mediaciones humanas. La representación de nuestra cotidianidad va ligada a la representación de la familia, de las profesiones, de los temas económicos, de las relaciones sociales, amistosas, de los comercios, o del médico que nos atiende. Estas realidades crean conexiones de sentido –puntos universales de convergencia según la terminología de algunos físicos– necesariamente fragmentados, porque las categorías bajo las que interpretamos la función del profesor se relacionan poco con las que nos representamos el trabajo de los camareros de la cafetería de la facultad” (p. 135).

A esta última idea dedica todo su tercer capítulo, cuyo título es suficientemente significativo por sí solo: “Personas, cosas, personas”. Y es que el Prof. Carpintero intenta “salvar los derechos de lo concreto” (p. 129) y para ello parte de la necesidad de completar la teoría con fundamentos ontológicos. Porque los derechos concretos de una persona, o los derechos que esa misma persona tendrá en distintas situaciones y momentos de su vida, son difícilmente explicables desde una situación de igualdad formal y abstracta, donde los hombres no tenemos rostros y somos en la medida en que no optamos o elegimos distinto a los demás. Reclama sin tapujos a lo largo de todas estas páginas, la recuperación de la ontología y de las cosas para explicar el tránsito de lo uniforme a lo diverso; en definitiva, para explicar intransitivamente el por qué de nuestras instituciones jurídicas.

Las instituciones jurídicas no pueden explicarse suficientemente desde la uniformidad y homogeneidad de los consensos ideales. Porque como nos recuerda el autor, las razones por la que un taxista *debe* conducir prudentemente son difícilmente compatibles con las razones por las que un profesor *debe* prepararse su clase. Aquí el autor abandona el terreno de la abstracción y contempla la relación jurídica como una relación de personas, cosas y personas, tal y como nos adelantaba en el título del capítulo. Es decir, una fundamentación del derecho donde el punto de partida está constituido por las necesidades de las personas, que son las pre-reflexiones o los determinantes de las normas jurídicas. Las necesidades vitales determinan la decisión sobre lo jurídico. Y es que el rasgo humano que más inmediatamente se nos viene a la vista no es la igualdad natural, sino sus carencias: el derecho depende de las cosas, no de las personas o, si se quiere, depende de las necesidades de las personas y en

esto, como mantiene el Prof. Carpintero, no cabe relativismo, aunque sí caben distintos modos de resolver estas necesidades.

Siguiendo las explicaciones aristotélicas ampliadas por Tomás de Aquino sobre el *medium rei*, el autor centra su discurso no en el método (a ello ha dedicado los dos capítulos anteriores), sino en la razón metódica demostrativa, que está en la base de todo método: esta razón metódica no trabaja en el vacío, ni desde una sola categoría uniforme, sino que trabaja sobre todo con funciones, porque las dimensiones ontológicas del derecho no poseen una naturaleza homogénea.

Precisamente son las funciones las que explican la propia Administración del Estado y las que distinguen la actividad pública de la actividad privada. La separación tajante y radical entre lo público y lo privado es una consecuencia de la razón metódica geométrica, pero no es real. En un caso y en el otro, somos las mismas personas las que realizamos las mismas funciones y por ello la validez de lo público debe fundamentarse en las mismas razones que la validez (justicia, racionalidad...) de lo privado. Por ello, el fundamento de lo jurídico reside en las personas, pero no en cuanto que personas (esto supondría una pervivencia de la Modernidad) sino en cuanto que hombres insertos en sociedad: en definitiva, el fundamento último de lo jurídico reside en las necesidades humanas. En palabras del autor: "... las personas en sus necesidades componen los fundamentos últimos de las decisiones jurídicas. Pero esta comprobación arrastra tras de sí modificaciones sobre lo que se puede entender como público o como privado, y a las que se podría aludir como la vertiente pública de lo aparentemente privado" (p. 11).

Estas modificaciones sobre la concepción de lo público y de lo privado son tratadas muy a fondo por el autor durante todo el capítulo cuarto, el más extenso de la obra. A lo largo de ciento diecisiete páginas, el Prof. Carpintero aborda el problema actual de la fundamentación del Estado y de la sociedad civil. En coherencia con lo expuesto en las páginas anteriores, para Carpintero el poder no es tanto un bien común como una necesidad común, tal y como ya expuso en su día Segio Cotta. Si las necesidades humanas constituyen el fundamento último del derecho, en ocasiones estas necesidades requieren, para ser resueltas, de una instancia pública y un esfuerzo colectivo. Esto explica que el poder o, como el autor dice, los poderes sean considerados como "funciones de las necesidades de las cosas" (p. 203). Las necesidades que justifican y explican la naturaleza del poder, a veces revisten una naturaleza técnica y a veces presentan una faceta jurídica, moral, económica, legal o política, de ahí

que no quepa la separación entre lo público y lo privado porque, de admitirlo, los ciudadanos nos veríamos irremediabilmente alejados, excluidos completamente de toda posibilidad de participar activamente de aquello que es nuestro, porque estas necesidades son tanto de las personas como de las cosas.

Y es que, invalidados los fundamentos metodológicos que hicieron nacer al Estado decimonónico, rotas la uniformidad y la igualdad homogeneizante, urge explicar el por qué y el para qué del Estado y de la Administración actual. Desde los presupuestos anteriores, el Estado aparece como el titular del poder político, porque lo ha recibido voluntariamente de los individuos igualados en el estado de naturaleza. Hoy, ya superadas estas hipótesis, resulta que seguimos tratando de justificar el Estado y su Administración desde los mismos presupuestos y por ello partimos de una radical separación entre lo público y lo privado y atribuimos con toda naturalidad el dominio del primero al Estado. Los individuos quedamos lejos, excluidos de cualquier posibilidad de participar activamente de las decisiones que la Administración adoptará sobre nuestras vidas, pero el Estado no es el titular *ab origine* del poder político.

Al hilo de esta cuestión, Carpintero también aborda el problema de la libertad individual en el interior del poder y el papel de los derechos humanos en este contexto. Actualmente, nos contentamos con las declaraciones universales de derechos humanos, que recogen la libertad residual y abstracta de unos individuos que tratan de defenderse frente al poder. Indudablemente, estas libertades individuales tuvieron su momento y cumplieron aceptablemente su misión pero hoy día no tienen sentido. En coherencia con lo expuesto anteriormente, el Prof. Carpintero nos recuerda la necesidad de completar esta visión de los derechos humanos con nuestra propia realidad como seres insertos en sociedad y dotados de una libertad no abstracta ni absoluta, sino concreta y relativa que no se conforma con defenderse negativamente del poder. Más explícitamente, los derechos humanos no son el último reducto de nuestra libertad, sino un paso intermedio entre el monopolio del poder político de la Administración y el reconocimiento de cada uno de nosotros como Sujeto de Derechos: “Ellas (las personas) son las protagonistas de su derecho, de forma que resulta algo paradójico que en un primer término se declare el poder del Estado para, en un segundo momento, exceptuar de tal poder derechos puntuales de los seres humanos” (p. 306).

En definitiva, las cosas (funciones), las concreciones, existen y están ahí determinando lo que se debe a cada uno. De este modo, Carpintero reclama

cierta ontología, no tanto de las personas en cuanto que Sujetos del Derecho, sino de las cosas o, más explícitamente, de sus necesidades. Porque el Estado y su Administración se justifica y obedece al hecho de responder a unas necesidades humanas; surgen para suplir una carencia que no puede realizarse más que a través del esfuerzo colectivo de todos. Pero el Estado no es una realidad que se explique a sí misma ni somos deudores de ella.

*La crisis del Estado en la Edad Posmoderna* es un trabajo minucioso y detallado que resulta especialmente recomendable para todos aquellos a quienes las explicaciones sobre estados de naturaleza y situaciones ideales del habla resulten ya insuficientes para explicarse por qué debemos pagar nuestras hipotecas o renunciar a parte de nuestros salarios.

Leticia CABRERA CARO  
Universidad de Cádiz

---

### María Marta DIDIER

*El principio de igualdad en las normas jurídicas. Estudio de la doctrina de la Corte Suprema de Argentina y su vinculación con los estándares de constitucionalidad de la jurisprudencia de la Corte Suprema de los Estados Unidos.*

(Prólogo de Juan Cianciardo)

Marcial Pons, Buenos Aires, 2012, 383 pp.

La obra aborda el principio de igualdad bajo un sesgo innovador. En primer lugar, por el exhaustivo análisis de la jurisprudencia constitucional argentina relacionada con el principio de igualdad. Luego, por la comparación entre las sentencias de la Corte Suprema de Argentina y las decisiones de la Corte Suprema de los Estados Unidos relativas al tema. Por último, y no menos importante, por la excepcional sistematización de su estudio, lo que conduce al lector a percibir el elemento más fuerte de su trabajo, que es el análisis de los “modelos de escrutinio”, patrones hermenéutico-interpretativos utilizados para determinar si una medida legislativa es, o no, razonable, y, consecuentemente, conforme a la igualdad.

Con el objeto de situar bien al lector, la autora comienza el capítulo I tratando acerca de la semántica de la igualdad y, al definirla, demuestra que

la igualdad se constituye ligada a la condición humana y, por lo tanto, con efectos axiológicos que vinculan este principio al valor justicia. Se destaca, en este punto, que la igualdad es un concepto relacional y exige, para su análisis, la existencia de un término de comparación, hecho que distingue la igualdad de otros derechos fundamentales. En la secuencia, retrata el texto la doble dimensión de la igualdad, en su fase de igualdad de iure o formal y, su necesario complemento, que es la igualdad material o sustancial. En este momento, además de un rico diálogo doctrinario, inicia un calificado y profundo análisis de las sentencias de la Corte Suprema de Argentina y de los Estados Unidos, además de traer aportes de la Corte Interamericana de Derechos Humanos y del Tribunal Constitucional Español.

Luego de estas notas iniciales –tan ricas como necesarias para el estudio– analiza las vinculaciones entre los principios de igualdad y razonabilidad. En este momento, la autora destaca los aspectos más importantes de los tres subprincipios que conforman la razonabilidad, esto es, adecuación, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto. Demuestra el análisis que el juicio de razonabilidad, cuando es utilizado en raciocinios jurídicos relacionados con la igualdad, adquiere características particulares y varía en intensidad, de conformidad a los criterios diferenciadores y a los derechos involucrados por la distinción hecha por el legislador.

También, no puede dejar de ser mencionada, la crítica muy pertinente a una concepción utilitarista de la proporcionalidad en sentido estricto, la que es formulada por la autora siguiendo y compartiendo en este punto lo sostenido por el Prof. Juan Cianciardo<sup>1</sup>. En este sentido, la Prof. Didier afirma que “considerar una medida como proporcionada o razonable, no obstante alterar el contenido del derecho de que se trate, implicaría reducir la máxima de razonabilidad a un mero juicio técnico o instrumental, desvinculándola de las exigencias que plantea la justicia y perdiendo de vista su origen histórico: preservar los derechos fundamentales de las intromisiones arbitrarias por parte del Estado. Asimismo, ello supondría una contradicción, pues lo razonable no puede diferir de lo justo y lo justo es aquello que a cada uno le corresponde,

---

<sup>1</sup> Cfr. CIANCIARDO, J., *El principio de razonabilidad, Del debido proceso sustantivo al moderno juicio de proporcionalidad*, Ábaco de Rodolfo Depalma, Buenos Aires, 2004, pp. 94-102.



es decir, su derecho”<sup>2</sup>. En consonancia con lo expuesto, la autora se propone una defensa de lo que el Prof. Juan Cianciardo denominó el juicio de inalterabilidad del contenido esencial del derecho, complemento necesario del juicio de proporcionalidad en sentido estricto.

El Capítulo II está enteramente dedicado al estudio de la jurisprudencia de la Suprema Corte de los Estados Unidos relativa a la igualdad. En este Capítulo, se percibe la intrepidez de la autora en enfrentar un arduo desafío. Pues, no se trata solo de analizar sentencias que se asientan, inevitablemente, sobre aspectos históricos y sociológicos de otra cultura bastante diversa, sino también, de adentrarse en el *modus operandi* y en la racionalidad de decisiones nacidas de otra tradición jurídica, en el caso, la del *Common Law*. En este sentido, la sistematización del estudio tiene un papel determinante, ya que, las sentencias son agrupadas con base en la intensidad del análisis hecho por la Corte (modelos de escrutinio), lo que proporciona coherencia a la investigación realizada.

Así, la autora establece un camino a ser recorrido por el lector en donde éste percibe claramente la intensificación del examen de razonabilidad hecho por el Tribunal. Es decir, en función del criterio elegido por el legislador para realizar una distinción, o del derecho fundamental regulado por la medida cuestionada como violatoria de la igualdad, se formulará el examen de razonabilidad aplicado por la Corte. Este examen puede ser, por lo tanto, el de la relación racional –que analiza la adecuación de la medida impugnada–, o, de forma más intensa, el examen intermedio, que se vincula a la adecuación y a la proporcionalidad en sentido estricto y, finalmente, puede ser utilizado el escrutinio estricto, por el que se exige superar la adecuación, la necesidad y la proporcionalidad en sentido estricto. Según la autora, el modelo de análisis hecho por la Corte estadounidense, aunque bastante consistente, presenta algunas fragilidades. Entre ellas, menciona el peligro del utilitarismo y la posibilidad de que una medida –definida como no violatoria de la igualdad– afecte el contenido esencial de un derecho fundamental o de un derecho humano.

En el capítulo III comienza el examen de la jurisprudencia de la Corte Suprema de Argentina. Aquí, cabe referenciar la excelente elección hecha por

---

<sup>2</sup> DIDIER, M.M., *El principio de igualdad en las normas jurídicas. Estudio de la doctrina de la Corte Suprema de Argentina y su vinculación con los estándares de constitucionalidad de la jurisprudencia de la Corte Suprema de los Estados Unidos*, Marcial Pons, Buenos Aires, 2012, p. 72.

la autora, que divide el análisis en el principio de igualdad y los derechos con contenido patrimonial –hecho en este citado Capítulo– y el principio de igualdad y los derechos fundamentales extrapatrimoniales, objeto de estudio en el Capítulo IV.

Según lo expuesto por la profesora Didier, la Corte Suprema de Argentina, en lo que respecta a los derechos con contenido patrimonial, aparenta operar en dos extremos. De un lado, existe una gama enorme de sentencias en las que la Corte presume la razonabilidad de la distinción normativa por tratarse de casos calificados como “no justiciables” y, por lo tanto, dentro de la esfera de discreción legislativa. Esto conduce a la crítica de la autora, quien afirma que la Corte no examina los hechos y particularidades de cada caso, efectuando afirmaciones dogmáticas y omitiendo responder los argumentos brindados por el impugnante, o sea, incurre en un déficit de argumentación, terminando el tribunal por producir decisiones que poco se distinguen unas de otras, aunque las situaciones puedan ser muy distintas. Por el otro lado, se analizan decisiones en donde efectivamente hubo un examen de razonabilidad (escrutinio ordinario); menos intenso en algunos casos –y para los cuales bastó la verificación de la adecuación–, más denso y profundo en otros, en los cuales, el tribunal ponderó si hubo, o no, una alteración sustancial del derecho bajo análisis.

El capítulo IV aborda el principio de la igualdad relacionado a los derechos fundamentales extrapatrimoniales, tales como, derecho a no ser discriminado por razón del origen nacional y la nacionalidad; por razón de sexo, por razón de edad; por razón de la opinión política; derecho a la libertad de expresión; derecho a la libertad física o ambulatoria y derecho a contraer matrimonio. En esta fase del estudio, la autora señala que la Corte Suprema de Argentina realiza un examen de razonabilidad más riguroso que el aplicado para las clasificaciones que involucran derechos patrimoniales, al que denomina “escrutinio extraordinario”. Con relación a ello, destaca que cuando se utilizan criterios que están expresamente prohibidos por los Tratados Internacionales de Derechos Humanos que tienen jerarquía constitucional, el Máximo Tribunal de Argentina intensifica el examen de razonabilidad, lo que conduce a una reformulación del “escrutinio extraordinario” hacia un modelo de análisis muy similar al “escrutinio estricto” utilizado por la Corte Suprema de los Estados Unidos.

Al final de la obra, a través de un Epílogo, la autora armoniza y sintetiza las ideas más importantes discutidas a lo largo del texto, señalando criterios

para la interpretación y aplicación del principio de igualdad; comparando la doctrina jurisprudencial de la Corte Suprema de Argentina con la de la Corte Suprema de los Estados Unidos, y extrayendo de dicha comparación algunas conclusiones vinculadas con la evolución en la comprensión de las exigencias que plantea el principio de igualdad. Citamos, arbitrariamente, y a nuestro juicio, dos elementos fundamentales que emergen del estudio realizado por la autora: a) el análisis de los criterios de distinción hechos por el legislador es una tarea valorativa, que debe considerar la importancia de los fines buscados mediante la diferencia de trato, la idoneidad de los medios para alcanzar tales fines, los bienes humanos objeto de los derechos fundamentales involucrados en las clasificaciones, así como la relación de tales derechos con el bien común y con el resto de los derechos. Ello, contradice los postulados iuspositivistas que pretenden una aproximación avalorativa al estudio del derecho, puesto que implica una tarea, en verdad, de cuño eminentemente axiológica; b) la presunción de inconstitucionalidad de ciertas categorías, reconocidas como “sospechosas”, se vincula al hecho de que ciertas características, como raza, color, sexo y origen nacional no son mutables, ni elegidas por la persona, sino que, en verdad, son “rasgos inmodificables y permanentes”. Esta es una de las razones, entre otras, por la cual se debe aplicar un examen de razonabilidad más estricto cuando se juzgan las clasificaciones basadas en dichos criterios de diferenciación.

Para finalizar, cabe afirmar que todo el texto, además del exhaustivo análisis y las ponderadas críticas a la doctrina jurisprudencial, está impregnado de esperanza en la evolución del derecho y del ser humano. Como sostiene la autora, para la determinación del contenido concreto del principio de igualdad es posible necesario superar creencias y condicionamientos muy aferrados a nuestra actual tradición jurídica.

Rodrigo MAGNOS SODER  
Universidad Católica de Santa Fe

**J. BALLESTEROS, E. FERNÁNDEZ RUIZ-GÁLVEZ y P. TALAVERA (editores)**

*Globalization and Human Rights. Challenges and Answers from a European Perspective*

Ed. Springer. Heidelberg, New York, London, 2012

Parece claro, finalizado 2012, que la profundidad y extensión de la actual crisis en la zona Euro significa, no solamente la más comprometida situación económica y financiera que ha vivido la Unión Europea desde sus inicios, sino también un prueba de fuego para su identidad, su actual orientación, sus instituciones, principios y valores.

Una instantánea de la situación –extrema, si se quiere, pero representativa del malestar social que recorre Europa en los últimos años– nos la puede dar la denominada Jornada de Acción y Solidaridad Europea, acordada por la Confederación Europea de Sindicatos (CES), el 14 de noviembre de 2012 en 23 países europeos, por primera vez en su historia, contra la política de austeridad de la UE. Además de paros generales totales o parciales en Portugal, España, Italia, Grecia y Chipre, hubo manifestaciones y protestas en las principales ciudades europeas, particularmente en Francia y en Bruselas, ante la sede de la Comisión Europea.

Independientemente de su eventual politización local o la idoneidad de los convocantes, el contenido de las protestas es relevante para el tema de globalización y derechos humanos que nos ocupa. El sindicato europeo (CES) destacó en una nota que las medidas de austeridad para pagar las deudas soberanas de los países “han arrastrado a Europa desde el estancamiento económico hasta la recesión (...) Los recortes a salarios y la protección social son ataques al modelo social europeo y agravan las desigualdades y la injusticia social. Es necesario un cambio de ruta”. Este cambio de ruta estuvo también en los lemas de las protestas: “Cambiar de política: por un Portugal con futuro”; en Italia, “Por el trabajo y la solidaridad, contra la austeridad”; en España, “Nos dejan sin futuro. Hay culpables. Hay soluciones”; en Grecia, “La austeridad mata la dignidad. Reclamo a Europa”; en Alemania, contra el Mecanismo de Estabilidad Europeo: “Salvar a Europa de la dictadura europea”.

Podemos preguntarnos entonces hacia dónde va Europa, más allá del futuro de su principal moneda; si hay una escisión creciente entre los países del centro y la periferia, o si la brecha es aún mayor entre los ciudadanos y sus dirigentes; si instituciones claves como la Comisión y el Banco Central continúan en la senda trazada por los Padres Fundadores u obedecen a otros

intereses; si la solución economicista a la crisis financiera implica el desmantelamiento del Estado de Bienestar; en definitiva, si está en peligro el modelo europeo de realización de los derechos humanos, que ha sido hasta ahora un paradigma para otros pueblos del planeta. Y, por otra parte, ¿qué líneas de solución puede dar una filosofía política, moral y jurídica no desvinculada de la realidad? ¿Cuál es el aporte necesario de nuestros pensadores, juristas, maestros y forjadores de opinión, para salvar el proyecto humanista europeo de solidaridad, paz y desarrollo?

A pesar de lo novedoso de la situación, acaba de salir un libro que, en cierto sentido, se ha adelantado en plantear algunos aspectos clave de los desafíos a los que se enfrenta Europa internamente y como modelo hacia afuera, y en esbozar algunas alternativas de solución. Se trata de la publicación en inglés de la editorial Springer: *Globalization and Human Rights. Challenges and Answers from a European Perspective* (*Globalización y Derechos Humanos. Desafíos y respuestas desde una perspectiva europea*), realizado por un equipo de investigadores de Filosofía del Derecho y Derecho Internacional de las universidades de Valencia (España) y Palermo (Italia), bajo la dirección editorial de Jesús Ballesteros, Encarnación Fernández Ruiz-Gálvez y Pedro Talavera.

Consideramos de gran importancia su estudio, no solamente para los especialistas en los aspectos filosóficos y jurídicos, sino para todos los que quieran profundizar sobre la realización efectiva de los Derechos Humanos en medio de la actual crisis global, desde una perspectiva europea.

Y nos parece importante, por varias razones. En primer lugar, porque plantea de manera directa pero rigurosa problemas clave relacionados con la globalización económica que ha vivido el mundo en las últimas décadas y que, en muchos casos y pese a las expectativas en sentido contrario, va a contracorriente de la implantación de los derechos humanos, en particular de los derechos económicos, sociales y culturales en muchas zonas del mundo. Y no solamente por el aumento de la pobreza y la exclusión social derivados de la ruptura de la burbuja financiera global del año 2008, inclusive en regiones desarrolladas como Europa, sino también por la exclusión efectiva, política y a veces militar, de naciones desestructuradas y estados fallidos, como Somalia o Afganistán.

Por otra parte, las diferentes visiones de los diversos autores del libro, a veces más optimistas sobre las realizaciones jurídicas del proyecto europeo y de los derechos humanos, otras veces más realistas (en cierta medida contrapuestas, en el análisis de los obstáculos y alternativas de solución), lejos de

empobrecer, enriquecen el trabajo. Se manifiesta como el resultado de investigaciones y discusiones sobre temas no totalmente resueltos que, por lo tanto, enfrentan al lector a considerar los pros y contras, en particular sobre las formas futuras del proyecto europeo así como la participación europea en los conflictos de países menos desarrollados. Pero lo que sí tienen en común es el propósito de buscar salidas o perspectivas jurídicas y políticas de solución, en lugar de quedarse en el análisis como simples ejercicios académicos. Los procesos negativos investigados, la guerra y las violaciones a los derechos humanos, no son hechos inevitables, su “avoidable nature” es una constante a lo largo del libro, tanto en lo que se refiere a los efectos de la globalización en los derechos económicos y el modelo social europeo, como en la búsqueda de instrumentos que propicien la paz y el desarrollo en el resto del mundo.

El libro aborda, además, otra temática íntimamente relacionada con la actual crisis financiera, tal como ha sucedido con crisis anteriores: se trata de la extensión de los conflictos bélicos, en este caso en regiones de Asia y África, donde la realización de los derechos humanos se pone en juego de manera aún más dramática y donde la intervención militar europea (sobre todo a través de la OTAN) es determinante aunque con resultados altamente dudosos, como se ha visto en Irak y Afganistán y, más recientemente, en el caso de Libia y, como preparativo, en Siria.

Por último, una razón definitiva, a nuestro juicio, para valorar la importancia de este libro es que rompe con la óptica imperante entre los especialistas jurídicos y los sociofilósofos académicos, para señalar una profundidad mayor de los fenómenos estudiados. Se trata de lo que podría denominarse como una base de humanismo integral, expresado no tanto en los desarrollos temáticos como en los axiomas en los que necesariamente se sustentan sus enfoques y argumentaciones.

Cuando el profesor Ballesteros, en el primer trabajo, explica la íntima relación entre el origen de la actual especulación financiera en los años 70 y la pérdida de valores producida por la irrupción de la contracultura nihilista de esta época, y ambos con la filosofía de la postmodernidad, apunta desde ya a la necesidad de un cambio que sobrepasa la sola regulación financiera o los nuevos mecanismos económicos, para situarse en la transformación más profunda del paradigma cultural, filosófico y moral predominante. Algo semejante puede decirse, en general, sobre otros desarrollos del libro, como la crítica de fondo al modelo neoliberal de la globalización; la necesidad de eliminar no sólo las barreras físicas sino las culturales y mentales para incorporar a los

excluidos; la defensa a ultranza de la persona humana en las contradicciones de hecho entre las intervenciones humanitarias y los derechos humanos; el rechazo al relativismo cultural; o la defensa de los principios de los padres fundadores del proyecto europeo, contra las actuales soluciones economicistas.

El libro está dividido en tres partes, cada una de las cuales comprende a su vez tres artículos. La parte I, titulada “Human Rights: Soft Threats”, comprende, en primer lugar, el trabajo de Jesús Ballesteros: “Globalisation: From Chrematistic Rest to Humanist Wakefulness” (“Globalización, del sueño crematístico a la vigilia humanista”). El trabajo de Ballesteros, cuya lectura recomendamos ampliamente, por sí sólo merece un estudio aparte, por lo que sólo anotaremos los principales temas que aborda. Como lo indica su autor, se trata de un análisis de los aspectos epistemológicos, antropológicos y éticos de la globalización, así como la urgencia de un cambio de paradigma, luego de la crisis de la burbuja financiera especulativa a partir de 2008. En la primera parte, establece la íntima relación entre la globalización económica y lo que en obras anteriores ha caracterizado como “postmodernidad decadente”, explicando cada avance en la financiarización de la economía de las últimas décadas como desarrollos patológicos de alejamiento de la realidad, instantaneismo y pérdida de referentes, racionalizados en el pensamiento postestructuralista. En la segunda parte presenta las alternativas positivas al desastre globalizador, como la “postmodernidad resistente” y la economía de la permanencia.

Entre los aspectos más relevantes del trabajo de Ballesteros, para los observadores atentos, señalamos: ubicar el inicio de la ola de especulación financiera que ha generado la actual crisis, en la ruptura de los tratados de Bretton Woods por parte del presidente Nixon en 1971; su vinculación epistemológica con la irrupción de la contracultura del llamado “mayo del 68”; el ascenso de la crematística sobre la economía productiva con la creación del mercado de futuros de Chicago por parte de Milton Friedman; el crecimiento exponencial de los derivados financieros a través de los *hedge funds* y su opacidad al resto de la sociedad. También, como alternativa, las iniciativas del ordoliberalismo y la referencia a las eficientes medidas tomadas por el presidente Roosevelt para salir de la crisis de los años 30, como la ley Glass-Steagall de separación de la banca comercial de la pura especulación, que bien podrían aplicarse hoy por las autoridades europeas, lo cual subraya el carácter “no inevitable” de la crisis actual.

El capítulo 2 trae el trabajo del investigador de la Universidad de Palermo, Francesco Biondo: “Basic Structure and Tax Havens” (“Estructura básica

y paraísos fiscales”). El autor defiende la utilización de conceptos fundamentales de J. Rawls, particularmente de su *The Law of Peoples*, en el debate sobre la justicia distributiva internacional. En contra de sus críticos, explica el concepto rawlsiano de “estructura básica” de la sociedad como el ámbito dentro del cual se aplican los principios de justicia, para analizarlo en las relaciones de comercio internacional y la redistribución global. De allí concluye de manera impecable en señalar la existencia de los paraísos fiscales como una forma voluntaria y culpable de injusticia y violación de los derechos sociales, aceptada de manera hipócrita por la gobernanza global. Los paraísos fiscales, tan entrañables para la economía financiera europea, son, en palabras del autor, una forma de parasitismo que atenta contra la integridad y la estabilidad tanto de los sistemas fiscales nacionales como de la comunidad económica internacional, y constituye la más radical negación de la justicia distributiva.

El tercer trabajo es el del internacionalista Jorge Cardona Llorens, “Human Rights and the Inclusive Society” (“Derechos humanos y sociedad inclusiva”). En él se aborda el problema de la exclusión de las personas discapacitadas como violación sistemática de sus derechos humanos. Para ello el autor parte de la definición de discapacidad en el contexto de la diversidad de habilidades que caracteriza a la sociedad, así como el papel del Estado en la integración social y la inclusión de estas diferencias para garantizar los derechos de todos y cada uno. De esta manera expone la necesidad de visibilidad social de las personas con discapacidad, su accesibilidad a la vida social en actividades productivas y la necesidad de abolir las barreras culturales y físicas que les discriminan y excluyen socialmente. Un importante paso en la juridificación de estos derechos se logró con la aprobación de la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, en diciembre de 2006.

La parte II del libro, titulada “Human Rights: Hard Threats”, incluye tres capítulos. El primero de ellos (cuarto, del libro) es el artículo de la Jefe del departamento de Filosofía del Derecho de la Universidad de Valencia, Encarnación Fernández, titulado: “Afghanistan: Why Has Violence Replaced Political Power?” (“Afganistán: ¿Por qué la violencia ha sustituido el poder político?”). A partir de trabajos anteriores de la autora, relacionados con la naturaleza de los llamados “estados fallidos” en el contexto de las relaciones internacionales, se abordan aquí las principales fases de la historia reciente de este país; en particular, desde su invasión en 1979 por parte de la entonces Unión Soviética, su abandono posterior a la caída del bloque comunista y su nueva invasión en 2001 por parte de Estados Unidos y las potencias europeas, como parte



de la denominada “guerra al terrorismo”. La conclusión es que, además de la carencia de instituciones propias y su vulnerabilidad externa, Afganistán ha devenido en un estado en descomposición ante todo por la intervención de los factores internacionales. De allí la responsabilidad de la comunidad internacional para facilitar que los habitantes de esta nación recuperen el diálogo interno y los instrumentos políticos como herramientas fundamentales en la resolución de los conflictos, en lugar de la violencia imperante.

A continuación, el capítulo 5 se titula “Somalia: From the Errors of Colonialism to the Horrors of War” (Somalia: de los errores del colonialismo a los horrores de la guerra”), elaborado por Ana-Paz Garibo-Peyró. En la primera parte, la autora presenta la situación actual de este país africano, que en pleno mundo globalizado del siglo XXI enfrenta la peor crisis humanitaria de la historia, con una descomposición social que le convierte en un “Estado sin Estado”, primero en la lista de los estados fallidos. En la segunda parte, se presentan los cambios de paradigma necesarios para invertir la espiral de descomposición por parte de la comunidad internacional (en particular, los países europeos que la colonizaron en el último siglo), pasando de políticas de seguridad nacional a las de seguridad humana, y de intervenciones humanitarias a la “responsabilidad de proteger”, como lo exige la legislación actual de los derechos humanos.

Precisamente el capítulo 6 aborda este tema, en un artículo de la investigadora de la Universidad de Palermo, Isabel Trujillo, titulado: “Human Rights and Changes to the International Legal System. Philosophical Reflections on the (Difficult) Coexistence of International Humanitarian Law and International Human Rights Law” (“Derechos Humanos y cambios en el sistema jurídico internacional. Reflexiones filosóficas sobre la convivencia (difícil) de la Legislación humanitaria internacional y la Legislación internacional de los Derechos Humanos”). Allí se analizan las tensiones reales entre los dos enfoques jurídicos, la relación de ambos con el concepto de guerra justa y el *ius in bello* como parte del antiguo derecho de gentes, proclamando la necesidad de defender de manera efectiva los derechos humanos en condiciones de conflicto bélico.

La parte III del libro se titula: “European Union as a Referent for Peace and Development”, centrado de nuevo en la temática europea con la que iniciamos esta reseña. El capítulo 7 se titula: “Europe’s Path to Public Reason” (“La vía europea de la razón pública”), escrito por Francesco Viola, catedrático de la Universidad de Palermo y presidente de la Asociación Italiana de Fi-

lososofía del Derecho. El capítulo 8 es un artículo de Ernesto Vidal Gil titulado: “The Social State Based on the Rule of Law in the Europe of Rights” (“El Estado Social basado en el imperio de la ley en la Europa de los derechos”). El último capítulo corresponde al artículo de Pedro Talavera: “Peace as a Priority” (“La paz como prioridad”). Por la interrelación y complementariedad de los tres trabajos, abordamos de manera conjunta esta breve reseña sobre algunos aspectos clave de su contenido.

Los tres autores, Viola, Vidal y Talavera, parten de que la prioridad explícita del proyecto de Unión Europea a lo largo de más de 60 años, desde los Padres Fundadores hasta la actualidad, no lo constituyen tanto las realidades económicas sino más bien la realización de los valores comunes de libertad, igualdad, justicia y solidaridad. Luego de conflictos bélicos devastadores al interior de Europa, la integración de las economías y los programas políticos se enmarcaron en un proyecto superior de paz y desarrollo común. Así se expresa claramente en el preámbulo del Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea, retomado y ampliado luego en el Tratado de la Unión Europea, actualmente vigente.

Por esta razón, para Viola, es necesario pasar de una integración solamente económica y jurídica a una integración cultural y de valores. Siendo Europa un proyecto colectivo de individuos, pueblos y gobiernos, se trata de un sujeto histórico en formación. Para ello se requiere la mayor comunicación y transparencia que permita, en medio de la pluralidad, definir los valores compartidos y garantizar los derechos. Un espacio para ello es lo que Rawls ha definido como “razón pública” que, desde otra perspectiva, aparece en Habermas como “uso público de la razón”. De esta manera, la superación del pluralismo, partiendo del respeto a la pluralidad, aparece como resultado final de un proceso de aceptación de las diferencias, respeto de las reglas de interlocución y sometimiento común al escrutinio de la razón. El constitucionalismo contemporáneo representa para el autor una salida a la paradoja del antipluralismo de los Estados y la necesidad de alcanzar un orden de universalidad que supere las identidades locales y las diferencias religiosas y culturales, con miras al bien común. La aceptación de las convicciones religiosas en el espacio público europeo y la búsqueda de verdades prácticas a través de la razón pública son un requerimiento para lograr la integración a través de los valores compartidos.

Aunque el artículo de Viola no se propone analizar la actual situación de la Unión Europea, ofrece una serie de conceptos sólidos que permiten su

mejor comprensión. La carencia de una “razón pública” europea es también el reconocimiento de la distancia existente entre los ciudadanos de los diferentes pueblos europeos y la red de instituciones supranacionales, con su burocracia y su abundante normativa. Igualmente, de la brecha entre los principios y valores declarados en los documentos constitutivos y la forma concreta en que operan sus instituciones; por ejemplo, los mecanismos de control monetario y financiero sobre las economías de los países miembros. Son muchos los analistas que revisan ahora los tratados de Maastricht y Lisboa, entre otros, para buscar una explicación a la forma como están operando estas instituciones que, una vez desatada la crisis, parecen representar mejor intereses corporativos privados que los de los ciudadanos, en particular los de la periferia europea, con medidas que erosionan de manera continuada los derechos sociales alcanzados.

Precisamente el trabajo de Ernesto Vidal hace referencia a esta crisis del Estado social en Europa. Frente al proyecto europeo de “asegurar el progreso económico y social de sus pueblos” a partir de principios y valores compartidos, el autor opone la visión economicista de la “Europa de los mercaderes” guiados, en sus palabras, “por la obtención exclusiva del beneficio no importa con qué medios ni con qué fines, por la eficiencia a costa de la justicia y de la equidad, y por la supresión de todo tipo de obstáculos que impidan el libre funcionamiento del mercado (desregulación, *minimal state*)”. La referencia a la desregulación y minimización del Estado nos parece clave para la comprensión de fondo de lo que es y debe ser el proyecto social europeo en medio de la crisis global. Además, está íntimamente relacionada con la concepción señalada por Ballesteros en el primer capítulo, sobre la vinculación epistemológica entre la especulación económica y financiera, y el rechazo de toda norma y referencia de la realidad, propio de la cultura hedonista postmoderna.

El autor hace un recuento histórico de la progresiva conformación del Estado Social de Derecho, pasando por la leyes de Bismarck y el *New Deal* de F.D. Roosevelt, hasta llegar a los padres fundadores del proyecto europeo, oponiendo al individualismo del Estado Liberal de *laissez-faire*, el Estado Social de Derecho, que asume el deber de regular y vigilar los mercados para que cumplan su función social. Se contraponen así una filosofía social que podríamos denominar continental, derivada de las luchas obreras de finales del siglo XIX y de la naciente Doctrina social de la Iglesia, con el liberalismo materialista de ancestro inglés, que parte del contrato hobbesiano para impedir la lucha de todos contra todos, al individualismo lockeano, a la *supervivencia del*

*más fuerte* de Malthus y los darwinistas sociales, hasta llegar a *la mano invisible del mercado* de A. Smith, renovado y difundido en las últimas décadas a través del neoliberalismo. Dice Vidal: “Frente a la *lotería natural* y a la *mano invisible*, el Estado social garantiza los mínimos de justicia: ingreso, alimentación, salud, vivienda, educación a todo ciudadano como derecho político y no como beneficencia”.

Para el autor, luego de la crisis del 29 y las medidas tomadas por Roosevelt, quedó claro que el mercado es incapaz de estabilizar el crecimiento y lograr el pleno empleo, por lo que el Estado social debe reaccionar contra las supuestas leyes inexorables del mercado y los privilegios injustificables de los poderosos, a fin de garantizar el respeto a los derechos, la realización de las capacidades y la satisfacción de las necesidades básicas. No se trata de la estatización colectivista, de pasar del *minimal state* egoísta e injusto al *total state* totalitario, cuyas realizaciones históricas a lo largo del pasado siglo han sido desastrosas. Como alternativa el autor utiliza el principio de *subsidiariedad* del Estado, formulado por la Doctrina social de la Iglesia, afín a la economía social de mercado y al ordoliberalismo, donde el Estado no interviene más que en las situaciones en que ni los individuos ni las comunidades lo pueden hacer por sí mismos.

El desarrollo conceptual de lo que implica el Estado social de Derecho con sus principios y valores ha quedado incorporado de manera directa en los textos del Tratado de la Unión Europea y la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea, que consolidan el Derecho constitucional común. Según la legislación europea, entonces, la actual desregulación económica y financiera es inaceptable y los mercados deben ser regulados y vigilados para que cumplan su función social. El problema, como lo señala Vidal, es que la globalización, con sus agentes desreguladores y partidarios del *minimal state*, han debilitado al máximo el Estado nacional que, además, en el caso europeo y particularmente en la eurozona, ha cedido parte de su soberanía económica, fiscal y monetaria a las instancias supraestatales europeas, cuya capacidad, velocidad o voluntad para intervenir protegiendo los derechos sociales, es ahora objeto de duda. En otras palabras, por ejemplo, las crisis de deuda soberana que en otras regiones del mundo se podrían solucionar con medidas igualmente soberanas de índole fiscal y monetaria, si no existe una acción directa reguladora por parte del Estado, tienden a convertirse en espirales negativas de recortes, recesión y más endeudamiento.

¿Qué podemos decir entonces, ante la ola de descontento social que agita Europa y las medidas de ajustes y recortes que exigen las autoridades supraes-

tatales (la llamada *troika*, formada por la Comisión europea, el Banco Central europeo y el Fondo monetario internacional)? Asistimos sin duda a un duelo decisivo entre los mercados privados y el Estado Social de Derecho, cuya subsistencia, como indica el autor, está en grave riesgo. Pero si el Estado social de derecho está en el corazón del proyecto europeo, su desmantelamiento ante los embates de la crisis financiera pone en riesgo la vigencia, identidad y continuidad del proyecto europeo mismo.

El problema de la integración de los Estados nacionales en el proyecto supranacional europeo es analizado también por Viola desde la perspectiva de la “razón pública” y es retomado de nuevo en el trabajo de Pedro Talavera sobre el modelo europeo de construcción de la paz. Para Viola, el Estado nación está vinculado a una forma de vida determinada elaborada a lo largo del tiempo y con valores compartidos donde se entrelazan costumbres, normas civiles y convicciones religiosas. Por esta razón, para el autor, el camino de Europa hacia una “razón pública” dentro de la pluralidad de naciones y al interior de ellas, debe pasar necesariamente por los Estados y no puede prescindir de ellos. De esta manera, la necesaria creación de una conciencia pública europea deberá surgir del encuentro de las diversas culturas nacionales y no de su desmantelamiento. En esto, Viola se muestra contundente: “Europa no podrá ser una Europa de los ciudadanos sin ser antes una Europa de los pueblos y no es una Europa de los pueblos si no es una Europa de los Estados. Así, quiere seguir su historia, que no es la de borrar la experiencia del Estado moderno sino la de remodelarla”.

Talavera retoma el tema desde la óptica del sueño kantiano de la “paz perpetua”, donde la paz universal está vinculada a la desaparición de los Estados nacionales contrapuestos y la creación de un Estado mundial cosmopolita, lo cual ha sido retomado una y otra vez por diversos pensadores como la forma de superación definitiva de los conflictos bélicos. El autor señala, sin embargo, que el propio Kant modifica su posición original por una solución más realista como es la de una federación de Estados soberanos, estableciendo luego las condiciones prácticas para llegar a ese fin. De allí establece que el pensamiento europeo contemporáneo, aunque anhela conseguir la paz superando los conceptos de soberanía y de ciudadanía, “pretende el establecimiento de un orden mundial no basado en el poder coactivo de un Estado mundial (a imagen del viejo modelo del estado-nación) sino en el reconocimiento universal de la dignidad de la persona humana y del respeto universal a los derechos humanos que le son inherentes”.

Sobre la paz como prioridad, sin entrar en los detalles de su elaborado trabajo con los que concluye el libro, Talavera presenta el papel de Europa para extender al mundo un modelo de paz que no parta de la división del mundo entre amigos y enemigos; que no esté basado en la disuasión sino en la cooperación; no en el equilibrio de poderes militares o el predominio de uno de ellos, sino en el reconocimiento universal de la dignidad personal y los derechos humanos. En un mundo donde la globalización neoliberal ha generado la actual crisis global, con el peligro de extender por el planeta una escalada de guerras, este llamado europeo de paz a través del desarrollo se convierte también en una tarea inmediata.

Es posible que la actual crisis global no sea solo una crisis, sino un profundo cambio de fase en la historia humana, como algunos señalan; los conceptos de este libro apuntan desde ya a ese cambio de paradigma.

Jaime GARCÍA NEUMANN  
Universidad de Valencia

---

## G. SARACENI

*Ospitalità: Un valore giuridico fondamentale*

CEDAM, Padua, 2012.

En su nuevo libro el profesor Saraceni plantea el don de la acogida como un valor fundamental, indispensable para hacer efectiva una verdadera justicia. Analiza el significado que la hospitalidad ha tenido en la cultura occidental desde la época clásica hasta la actualidad marcada por el auge de las migraciones y la urgente necesidad de integración. Ante estos desafíos de la posmodernidad, el autor señala a la hospitalidad como la respuesta adecuada para enfrentarlos.

Apunta Saraceni que *ser* significa ser (al menos) dos, encontrarse en la condición de estar ‘en relación con’. La alteridad se compone de múltiples gradaciones desde el momento en que los otros existen ya dentro de nosotros mismos: el yo contiene rostros y voces del pasado, del presente o que le dan un sentido al futuro –aquellos que están por llegar o por nacer–. En todos los casos, podemos aceptar al otro o rechazarlo, decidarnos a ofrecerle hospitalidad o perseguirlo. Asimismo, se puede considerar al otro en cuanto ser

humano individual o plural. En un grupo, podemos desear ser acogidos o no y amar a las personas con las cuales compartimos una condición de pertenencia u odiarlos. Explica Saraceni que el otro puede venir a mi encuentro como hermano, ciudadano o como ‘simple’ ser humano; a su intención habré de darle la justa respuesta, con el fin de promover el valor jurídico de la hospitalidad, salvaguardando la principal condición de posibilidad de la justicia. Siguiendo a Bergson (el autor lo estudia también en *Il Profeta e la legge*) las relaciones interpersonales pueden representarse como una serie de círculos concéntricos que incluyan la estrecha esfera de la familia, la esfera de la comunidad nacional, la del Estado occidental hasta llegar a la humanidad entera. La realización de la moral abierta supondría el paso del amor por la familia al amor por toda la humanidad<sup>1</sup>.

En la cultura occidental, la hospitalidad ha atravesado diferentes etapas. Señala Saraceni que en Grecia tenían un respeto sagrado hacia el extranjero. En las obras de Esquilo, Eurípides, Homero, Ovidio, etc. se insiste en que la hostilidad hacia los extranjeros es un delito abominable. Al mismo tiempo, en toda esta literatura se hace hincapié en que entre anfitrión y huésped debe respetarse una justa distancia, para que ambos huyan de cualquier deseo de confusión. Se evidencia cómo la amenaza de avasallar al propio huésped supone la más peligrosa perversión de la acogida. Por otra parte, se resalta la fuerza de los vínculos que nacen de la hospitalidad. En algunas obras se liga el carácter sagrado de la hospitalidad a una recompensa divina cuando el anfitrión la merece. Por ello se destaca el valor ético de la donación desinteresada y la perversión que hay en considerar la acogida de manera estratégica, instrumental. También se habla del amor de pareja y, específicamente, de la procreación como el primero y más importante gesto de acogida.

El ejemplo clásico de la hospitalidad judeocristiana es la tienda de Abraham, en la cual se acogía a todo peregrino, fuere cual fuere su procedencia. Explica cómo el Antiguo Testamento hace una verdadera apología de la hospitalidad, ya que “una de las peculiaridades de la enseñanza bíblica es el mandamiento de amar y respetar al otro, de amarlo en cuanto ‘otro ser humano’ y no en cuanto miembro de un grupo social específico”<sup>2</sup>. Hay que amar al otro

<sup>1</sup> BERGSON, H., *Las dos fuentes de la moral y de la religión*, Tecnos, Madrid, 1996, p. 40.

<sup>2</sup> SARACENI, G., *Ospitalità: Un valore...*, op. cit., p. 17.

independientemente de si pertenece a mi familia o de si es un ‘extraño’ porque según la antropología bíblica, el hombre es estructuralmente pobre ya que necesita del cuidado de otro ser humano. Saraceni destaca la diferencia en el modo de entender el tiempo en la cultura griega y en la historia de Israel. En la primera predomina una nostalgia por el pasado que se evidencia en narraciones como *La Odisea*, que relata el viaje de retorno a casa de Ulises), en la segunda se contempla la expectativa hacia el futuro en el éxodo de un pueblo que busca una tierra prometida. No obstante, en ambas se daban discriminaciones. En Roma y Grecia el criterio de discriminación era la no pertenencia a la propia comunidad étnico-política, en Israel el criterio era la diferencia en la fe.

La Edad Moderna se caracterizó por una sociedad cerrada donde la solidaridad hacia adentro se apoya en la exclusión hacia afuera, haciendo imposible la hospitalidad. Con Hobbes el concepto de soberanía llevaba aparejada desconfianza hacia los extranjeros, con el consiguiente fortalecimiento del vínculo entre ciudadanía y pertenencia nacional. Al mismo tiempo, la relación entre el Estado y sus ciudadanos se basaba en el deber de lealtad y exclusividad. Por último, en el siglo XX los totalitarismos y guerras convirtieron parte del planeta en el ‘corazón de las tinieblas’, donde el valor de la hospitalidad fue incomprendido y humillado. La distorsión política de las instituciones jurídicas sirvió para afirmar y perpetuar esas abominaciones produciendo así la sociedad del *masacrificio*.

En la actualidad, migrantes del tercer y cuarto mundo vienen a los países más ricos de Occidente con una esperanza que los *massmedia* les han alimentado. Europa ha vendido el sueño de una tierra feliz. Y para quienes viven en la miseria, como dice Natoli, “Occidente es una provocación: sí se mira pero no se toca”.

A la vez que se multiplican los medios de comunicación global, llegan olas masivas de inmigrantes. Ambos fenómenos han hecho de Occidente una sociedad multicultural donde se da un compartir –el primero, físico; el segundo, virtual–, entre ciudadanos y extranjeros. Pero falta un diálogo real y oportuno entre los actores implicados y un verdadero pluralismo. Mientras se compite por los recursos se va alterando la dinámica socioeconómica de estos países. Ahora bien, el que un territorio sea cohabitado por individuos con raíces étnicas y culturales heterogéneas, pone en entredicho la correspondencia Estado-Nación, y causa, a su vez, problemas jurídicos. Por este motivo,



Saraceni cuestiona el significado real y el valor jurídico concreto de la frontera política. Asegura que aunque es legítimo que los Estados hagan normas para controlar sus fronteras, no podrán nunca legitimar su cierre de modo absoluto.

Para explicar el sentido que el valor fundamental de la hospitalidad tiene en la actualidad, Guido Saraceni plantea tres presupuestos fundamentales: 1. Se refiere al Derecho como dimensión categorial de la práctica intersubjetiva. 2. Supone que el Derecho se basa en un universo específico de valores. 3. Cree posible identificar valores jurídicos fundamentales y fundados.

El autor defiende que la experiencia jurídica no se puede reducir a la dimensión legal. El Derecho existe para permitir una justa convivencia entre los seres humanos, por ello defiende un ideal de justicia ‘iusnaturalista’ que no hace referencia a la naturaleza en un sentido físico, biológico o teológico, sino a “una *ortopraxis de las relaciones humanas*, a la exactitud connatural y estructural que gobierna la dinámica social, uniendo el concepto de *normalidad* al de *normatividad*; independientemente de cualquier cálculo económico o proyecto político”<sup>3</sup>.

Hay que remediar la actitud de desconfianza que se ha generalizado en el último siglo respecto de la justicia, por la generalización de la idea según la cual sólo al Estado pertenece la tarea de establecer lo que es correcto. Frente a ello, Saraceni defiende la existencia de valores propiamente jurídicos, que influyen de manera decisiva sobre la jurisprudencia, los cuales pueden definirse como fundamentales o esenciales, pues sin éstos no sería posible imaginar un sistema de reglas justas. Entre estos valores, destaca la reciprocidad, la imparcialidad del juez, entre otros, pero, esencialmente, el deber de acogida y de hospitalidad, un valor que define como no equiparable a otros ya que representa la condición original y fundamental.

Con la trágica experiencia de los totalitarismos que marcaron el siglo pasado, Saraceni señala la necesidad de buscar un rumbo nuevo y alternativo para la humanidad. Esta nueva vía pasa por una filosofía de la justicia que implique la superación de la voluntad de poder que parece ser un rasgo característico de la sociedad occidental.

Una justicia que tenga en cuenta la hospitalidad deberá superar la rigidez conceptual que ha gestado un concepto de democracia que privilegia el

---

<sup>3</sup> SARACENI, G., *Ospitalità: Un valore...*, *op. cit.*, p. XIII.

valor de la sangre y de la autoctonía. Habrá que plantearse el rol del concepto engañoso e inauténtico de fraternidad que ha impregnado la política, que ha colocado una especie de ‘familiarismo’ en el centro de la democracia y que ha entrado en contradicción con las exigencias de la hospitalidad<sup>4</sup>. Eliminar esta referencia no será fácil ya que la política se ha apoderado de un lenguaje familiar (que es tan agregativo como excluyente) haciendo un paralelo entre el vínculo de asociación y el de sangre (por ejemplo: llamar a un Estado, madre patria). Esto ha desembocado en el fortalecimiento de sociedades cerradas, ha influido de manera determinante en el nacimiento y subsistencia de los regímenes totalitarios del siglo XX. Al mismo tiempo, obstaculiza decisivamente la construcción de una comunidad de la hospitalidad.

El mito sobre la génesis de la ciudad narra que el evento originario es el fratricidio. Carl Schmitt ha elaborado a partir de aquí una teoría negativa de las relaciones humanas, cuya máxima expresión es una concepción de la política estructurada a partir de la dicotomía *amigo/enemigo*. A ello objeta Saraceni que la comunidad nace a través del sacrificio de cada uno de sus miembros, los cuales reniegan de una parte de la propia subjetividad, salen de su familia y consienten una comunión con otros seres humanos<sup>5</sup>.

Para construir una comunidad hospitalaria hay que escapar de la absolutización de la autonomía. Por esto, hay que estar dispuesto a cambiar radicalmente la perspectiva, para poder ‘pensar el mundo a partir de la exterioridad alternativa del otro’. Solo así podremos superar el individualismo y dejar de considerar al ser humano como si fuera simplemente una *ficha en el mosaico de la totalidad*. Le entenderemos como *alteridad de relación*.

Citando a Levinás, el autor afirma que la hospitalidad es la condición existencial primera y fundamental de la subjetividad, es inherente íntimamente al sujeto, pero no le pertenece, proviene de *otro lugar*. Esta es la vía para formular una filosofía de la justicia ‘mínimamente sensible y respetuosa con las graves preocupaciones posmodernas’.

---

<sup>4</sup> La alusión a la familia implica excluir a quien no pertenece a ella. Aunque como señala Saraceni, citando a Cotta, a pesar del egoísmo familiar, la cerrazón no es absoluta ya que hay una serie de aperturas. No obstante, éstas no invalidan su carácter cerrado. Una de ellas es la paternidad. Podría pues decirse que la familia es una estructura intermedia no tanto con respecto al Estado, como con relación a la ‘familia humana’. COTTA, S., *Il diritto nell'esistenza. Linee di ontofenomenologia giuridica*, Milano, 1992, pp. 127 y ss.

<sup>5</sup> SARACENI, G., *Ospitalità: Un valore...*, *op. cit.*, p. 152.

De acuerdo con Bergson y Cotta, Saraceni diferencia y separa el mundo conflictual de la política del mundo pacificante del derecho. Señala que la aplicación desinteresada del deber de acogida trastorna la categoría discriminatoria del mundo de la política, pero ‘no los valores y los conceptos básicos que pertenecen al mundo del derecho, por su natural *estructura abierta* a caracteres *complementarios potencialmente universales*’.

Como defendía Francisco de Vitoria, los bienes de la naturaleza son comunes a todos los hombres y el poder civil está obligado a proteger este derecho natural. La relación posesiva entre un pueblo y el territorio que habita desemboca en conflictos con otros pueblos. Y, paradójicamente, por defender la ‘supervivencia’ de la tierra, la propia vida del pueblo puede perecer. Saraceni destaca cómo “metafóricamente hablando, se muere cuando se cae esclavo de las posesiones”. También se muere cuando se traiciona la propia humanidad, negando acogida a aquellos que tienen necesidad de ser acogidos y defendidos. Y si no se reconoce la titularidad de los derechos fundamentales a todos los seres humanos y se les garantiza su disfrute, independientemente de su nacionalidad, cultura, etc. se está aceptando la lógica perversa que lleva a diferenciar entre persona, casi-persona y no-persona.

Si se quisieran ver las relaciones interpersonales sólo en clave del propio beneficio, se terminaría entendiendo la relación de hospitalidad igual que la de enemistad, bajo la consideración de que ‘el enemigo es dos veces útil’. Así, es útil para el Estado discriminar jurídicamente a los individuos: Disponer de una cantidad considerable de inmigrantes bajo la amenaza constante de expulsión supone ventajas económicas (como trabajador mal pagado difícilmente reivindicará sus propios derechos) y sociales (el miedo a ser considerado enemigo público le llevará a no perturbar el orden). En nuestra sociedad un inmigrante puede recaer con facilidad en situaciones de neoesclavitud. “En definitiva, para defender la hospitalidad como valor jurídico fundamental debemos estar dispuestos a abandonar el enfoque de la utilidad, interpretando las relaciones con el extranjero bajo una luz que no tiene nada que ver con el *código económico* del beneficio”. Saraceni compara la raíz del término italiano ‘llave’ (viene de *claudere* –cerrar– en latín) y la etimología de la palabra hebrea *patah* (abrir), y asegura que en la transición de uno a otro valor etimológico reside la respuesta a la inmigración ‘Norte-Sur’.

Finalmente, el deber de hospitalidad no debe ser considerado un precepto ético entre otros, sino que se identifica con la ética *tout court*, ya que repre-

senta *la condición primera e imprescindible para pensar la justicia*, dice Saraceni. Y el deber de mostrarse activamente hospitalario depende de la experiencia original del dar lo que cada uno ha recibido. La hospitalidad debe ser concebida “como un verdadero y propio regalo/donación, como un gesto completamente gratuito, sustraído a la lógica mercantil del cambio crediticio”. Esto implica la posibilidad de una verdadera justicia que incluya la caridad.

El autor une la profundidad del contenido con un estilo ágil y brillante que hace su lectura sumamente atractiva para cualquier persona interesada en conocer desde distintas perspectivas uno de los problemas centrales de nuestro tiempo.

Mariana HOYOS  
Universitat de València

## NORMAS PARA EL ENVÍO DE ORIGINALES

La Revista *Persona y Derecho* es una publicación científica, de periodicidad semestral. La edita y patrocina el Servicio de Publicaciones de la Universidad de Navarra. Su finalidad primordial es ofrecer estudios sobre temas de filosofía jurídica, política y social, así como contribuir a la difusión de valores en la sociedad, con particular atención a los derechos humanos. De utilidad para juristas e interesados en problemas jurídicos, se dirige primordialmente a investigadores en Filosofía del Derecho, Derechos Humanos, Filosofía Política y áreas afines. Suele abordar un tema monográfico, sin perjuicio de que en ocasiones se incluyan otros estudios, y consta también de una sección dedicada a recensiones de obras relacionadas con los objetivos de la revista. Fue fundada en 1974 por Javier Hervada Xiberta, Profesor Ordinario de Derecho Natural y Filosofía del Derecho de la Universidad de Navarra. Hasta 1984, tuvo una periodicidad anual con 600 páginas por número aproximadamente. A partir de 1985 pasó a ser semestral, con volúmenes de unas 300 páginas. *Persona y Derecho* se edita principalmente en español, aunque también se aceptan y publican trabajos en otras lenguas, como inglés, francés o italiano.

Los artículos, cuyo contenido ha de ser original, se presentarán mecanografiados a espacio y medio, en formato papel A4. Se utilizará el tipo de letra Times New Roman 14 para el texto principal y 12 para las notas. Su título, así como el sumario, un resumen y una selección de palabras clave figurarán en español e inglés. La extensión máxima recomendable del texto del artículo será de 50.000 caracteres con espacios y la del resumen de 1.000, admitiéndose hasta 20 palabras clave.

Las referencias bibliográficas se harán del siguiente modo:

- Libro: APELLIDO, Inicial del nombre (s), *Título de la obra*, Editorial, Ciudad, año, número de página/s (p./pp.). Ejemplo: HERVADA, J., *Introducción crítica al derecho natural*, Eunsa, Pamplona, 1994, p. 13.
- Capítulo en obra colectiva: APELLIDO, Inicial del nombre (s), "Título del capítulo", en *Título de la obra*, Editorial, Ciudad, año, número de página/s (p./pp.). Ejemplo: PALAZZANI, L., "Los valores femeninos en bioética", en *Por un Feminismo de la Complementariedad*, Eunsa, Pamplona, 2002, pp. 55-76.
- Artículo de revista: APELLIDO, Inicial del nombre (s), "Título del artículo", *Título del periódico o revista*, vol., nº, mes y año, número de página/s (p./pp.). Ejemplo: MASSINI, C. I., "La interpretación jurídica como interpretación práctica", *Persona y Derecho*, 52 (junio, 2005), pp. 413-433.
- En las citas de fuentes electrónicas, después del autor y del título hay que especificar la dirección completa de URL dentro de los signos < >, la fecha de su aparición en la red o de la última revisión y entre paréntesis la fecha de acceso al documento de la fuente para su cita. En los documentos extensos que no tengan número de página, se indicará en su lugar la sección, el párrafo y el número de línea. Han de respetarse las mayúsculas, minúsculas, barras y espacios de la dirección, no separando los elementos ni acabando las direcciones con un punto. Ejemplo: D'AGOSTINO, Francesco, "Bioética y Persona", <<http://www.aebioetica.org/rtf/01bioetica53.pdf>>, 2004 (12 de mayo de 2009).

Se recomienda la lectura completa de la página de estilo, aquí resumida, que se halla disponible en la página web de la revista: <http://www.unav.es/derecho/pyd/default.html>

Los artículos se enviarán por e-mail, haciendo constar los datos personales del autor, incluyendo dirección postal, electrónica y teléfono de contacto.

La dirección postal es "Revista Persona y Derecho", Instituto de Derechos Humanos, Edificio de Bibliotecas, Universidad de Navarra, 31080 Pamplona (Navarra-España); el e-mail: [pyd@unav.es](mailto:pyd@unav.es)

Aparte de la revisión editorial, que tiene por finalidad comprobar si se cumplen los requisitos formales señalados, el contenido de los trabajos será objeto de una evaluación científica por dos especialistas ajenos a la Redacción, por medio de un proceso que preservará el anonimato de autores y evaluadores.

